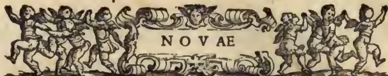

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
26 C
42



DECLARATIONES IVRIS CIVILIS

A subtilissimo ac perspicacissimo. D. Vaconio à Vacuna, in Sabinis, dum Iuris prudentiam publicè interpretaretur, excogitata.

Et ab Alexandro Albertonio ab Auricula, in Carseolis, eius discipulo collectæ, & in sex libros distinctæ.

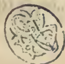
Cum indice, tum verborum, tum rerum hac nostra æditione copiosissimo.

Conv.^s S. S.^ti de Scala

VIRTVTI SIC



CEDIT INVIDIA



VENETIIS, Ad candentis Salamandræ insigne,

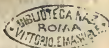
M. D. LXIIII.

Candido Lectori S.



Duerte Lector, quòd in prima editione factæ fuerunt plures declarationes, id quòd in hac minimè obseruatum est, quippe, cum, ut ex eis perspici potest, Authoris ordo fuerit, leges, & materias, secundum Italiæ morem explicare, utilius tibi nobis uisum fuit tabulam materiarum nostro ordine explicatarum, post Indicem ponere. Quã si obserues iam nihil est, quo te impediri posse existimemus. Vale, & fruere.

ILLVSTRISS. ET REVERENDISS.
D. FRANCISCO COLVMNAE
*A*RCHIEP. *T*ARENTINO,



Alexander Albertonius S. D.



VM Vaconium ueterem familiæ ue stræ clientem, amplitudinis uerò tuæ etiam præceptorem obseruantissimum aliquot annos ita audiuerim, ut quos ille in iure ciuili perdifficiles sanè & perobscuros, innumerabiles penè locos, unus adhuc declarauit, & illustrauit, non solum cognouerim, sed etiam in commentariolos meos re tulerim, faciendum duxi, ut quæ mihi præclara, & admodum utilia uisa sunt, & alijs etiam legum scientiæ stu diosis aliquando impertirem. Nam & eiusmodi præcep tore iure indignus iudicarer, & hominis officio abuti exi stimarer, si quod mihi, is opera sua beneficium dedit, id ego, mea, in reliquos non conferrem. Quamobrem statui doctoris mei sententiam de reconditis ijs in ciuili facultate locis, huic libro mandare: eumque librum in tuo nomine ad utilitatem studiosorum emittere. Cum enim Vaconius ipse amplitudini tuæ se omnia debere fateatur, & prædicet, ego autem illi nihil non debeam., te uerò me-

ritò tuo, non ſolum ego, ſed domus mea tota iã diu amet & obſeruet, hoc propterea quicquid eſt, utriuſque mune ris tibi iure optimo offerendum cenſui. Quare qui aliquem hinc fructum percipient, tibi, qui Vaconij, à quo hæc primum profecta ſunt, ſtudia aluiſti, eúm ſemper acceptum referre debebunt. Meum certè conſilium qui librum ei potiſsimum uiro dicarim, cui cum propter ſingularem doctrinam, uitæq́ integritatem, tum propter incredibilem erga bonos & eruditos homines benignitatẽ ac beneficentiam, nemo non improbus, aut a literis alienus non plurimum ſe debere confitetur, omnes (ut ſpero) facilè comprobabunt. Accipies igitur munus hoc iuſtiſsiſimis quidem de cau ſis tibi debitum, ſed ita accipies, ut non quantũ tua digni tas poſtulat ſpectare, ſed quantum ipſe præſtare poſ ſim cogitare memineris. Vale feliciter.

AD

AD FRANCISCVM COLVMNAM Tarentinorum Pontificem uirum opt. ac sapientiss. Lœlius Iordanus.

EXcipe Vaconij Antistes clarissime munus,
Et meritum officij nomine pignus habe,
Sacra recognosces priscorum dogmata scriptis
Deprompta, expressis sensibus arte nouis:
Quod nec sexcentis Doctorum magna caterua
Traestitit, Hic chartis ius docet omne tribus.
Vaconij tibi habe hæc summi monumenta columnæ
Ingenij, quæ alias non meruere manus.

AD EVNDEM.

QVòd te, ut Alexandrum, nō punxerit esse magistro
Inuulgata alijs quæ tua sola forent,
Sed tutò per te liceat sine cortice nare,
Quæ datur ex opere hoc, gloria magna tua est,

ANTONII DE AMATIS Epigramma.

VT latet in uenis silicis uix nota fauilla,
Mox tamen excusso flamma uapore micat,
Vtque ima tegitur fuluum tellure metallum,
Extrahit inuentas denique fossor opes:
Et latet Eois uelut indica gemma sub undis,
Quam uix œolio nauita rete trahit.
Sic obstrusa diu per magna uolumina legum,
Exprimit in sensus ui meliore nouos:
Lector habes propria quæ dat Vaconius arte,
Dices hæc proprio Pythius ore dedit.

ALEXANDER ALBERTOnius, legum studiosis.

MVlti ut tempore uiuerent perenni,
Thermas, Pyramides, uiasque, & arcus,
Theatra, amphiteatra, uel columnas
Struxere aerias, suumque in illis
Inscribi uoluere ab arte nomen,
Cuncta hæc, longa dies ruit, tegitque.
At tu perpetuum, tuo hoc libello,
Parasti tibi nomen, ò Vaconi.
Quod nec uis aliqua eruet, nec ætas.

Ad Lectorem.

INuenisse aliquid propria de mente profectum,
Est labor, inuentis addere quisq; potest.
Quicquid in hoc paruo spectabis codice lector.
Ingenio auctoris, prosiluisse feres.
Ergo emito hunc tutus, litem ne iure timeto,
Vendicet hinc aliquid, qui bene, nullus erit:
Te noua delectant, si quidem noua quisq; requirit,
Intentus legito hunc, & noua multa scies,
Si magis vtilitas forsan te ducit, habebis
Sinceræ, multum hinc vtilitatis, eme.

MARCVS ANTONIVS COLVMNA
Iuris Ciuilis studiosis.
S. D.



Ibellus hic Vaconiÿ nostri, cum præclaras res continet, tum ab aliÿs non abreptas, atq; is profecto est, qui uel ab Aristophane illo, qui iudex a Ptolemeo philadelpho, inter poetas electus, ea scripta meliora esse iudicauit, quæ sua ipsiusmet, non aliena essent, præmium accipere posit, si eius esset iudicium subeundum. Quantum uerò ad iuris ciuilis cognitionem conferat, aliÿ iudicabunt, uidebunt enim multa, quæ in hac ciuili facultate, in hunc diem latuerunt, ita declarata, atque illustrata, ut intelligi iam ab omnibus, haud magno negotio possint. Valete.

INDEX,

SEV REPERTORIVM

PRINCIPALIVM,

Emergentium quæstionum, ac omnium notatu digna, quæ in hoc libro continentur,

Cuius prior numerus, numerum signat. vltimus autem paginam.



B

Diffinitio

E

F

G

H

I

Fallit,

Luna

L

§.extra-

Operarum

Et

Q

Recto-

Stipu-

Suus

T

V

FINIS.

SEQVITVR INDEX CAPITVM, ET MATERIARVM,

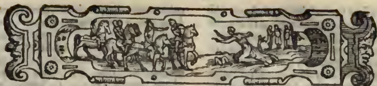
Quæ in hac opere continetur.

In

In quinto libro.

In sexto libro.

Cætera vide in uerbo, Lex.



D. VACONII A VACVNA

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

Liber primus.

SVMMARIVM

PRIMA DECLARATIO iuris naturalis & gentium.



OMNES, qui desiderant rectè ius intelligere, (omnes autem desiderare debemus) eius principia clare nosse debent. principium enim plus quam dimidium totius esse uidetur, cum eorum, quæ quæruntur, complura per ipsum manifesta fieri solent: Aristo. primo Ethico. unde altius repetentes, dicamus
1 † ius, alterum esse naturale: alterum ciuile, seu politicũ. & quia uetustius est ius naturale, quod cũ ipso genere humano, natura ipsa protulit. §. singulorũ Insti. de rerum diui. ideo ab ipso incipiendum est. Est igi-
2 tur sciendum, † ius naturale id esse, quod semper est bonum. l. ius. de iusti: & iure. c. ius naturale. i. distinct. Præterea ius, & iustum; idem est: ut in 5. Ethic. sed ius dicitur per apocopen, remota syllaba, tum: sicut fac, pro face. iustum autẽ idem est quòd bonum: ergo ius naturale, est bonũ quoddã à natura, id est à Deo ordinatum, ac tributum, conueniens conducensque naturæ cu-
3 iusque animalis. sicut † ius gentium est bonum ordinatum à gentibus: consentaneum, utileque omnibus gentibus. ut est emptio, uenditio, locatio, & conductio. hi enim contractus sunt utiles omnibus gentibus. ut suo loco demonstrabitur. Bellum est etiam de iuregentium: quod à gentibus ordinatũ est, tanquam omnibus gentibus utile, ad propulsandam iniuriam, ad repellendos ho

stes,ad eosque coercendos, qui ad parendū nati sunt, nec uolunt parere. & tale bellū est a natura,& est bonum. Arist.in 1. Polit. est enim ordinatio quædam a gentibus facta:& ita est ius gentium, quod ius ratio naturalis inter omnes gentes constituit, idest ordinauit.§.quod uerò. Insti.de iure natu.

4 gē.& ciuil.† Ius uerò ciuile,est bonum quoddam à ciuitate ordinatum,utile statui illius ciuitatis, ut puta, stipulatio est ius: idest ordinatio quædam ciuitatis. Possessio ciuilis est ius. itidem & iter est ius: idest ordinatio quædam ciuitatis. & ubicunque in iure ciuili dicitur aliquid esse ius, exponendum est, ius, idest ordinatio ciuiuitatis. nam ut ait Aristo. in.1,Polit.ius ciuile est ordinatio ciuilis societatis.& Imperator hoc idem dicit in.§.1.Insti.de iur. natura. & ciui. ibi, quod quisque populus sibi constituit, idest ordinauit, uocatur ius ciuile ipsius ciuitatis, & Boetius libro tertio de consolatione, ubi late id demonstrat, ibi uideto. Omne igitur ius,est bonum quoddam. Nunc uidendum est,quid sit bonum.

5 † Bonum uerò est quod omnia appetunt,inquit Phil.1.Ethic. omnia inquam etiam cognitione carentia; siquidem naturali quodam appetitu, tendunt in bonum, non uti cognoscentia, sed ut ab aliquo cognoscente mota, ad id quod est bonum, & sibi confert, ex ordinatione, scilicet diuini intellectus. quemadmodum sagitta tendit ad scopum, ex directione sagittantium.Est tamen sciendum non omnia unum, & idem bonum appetere, sed alia, aliud, secundum eorum propriam naturam: nam aliud uidetur bonum homini, aliud asino, asino enim pabulum, magis quam aurum, bonum esse uidetur, ut ait Phil.10.Ethic. salices amaræ uidentur quoddam bonum capellis,& ideo illas appetunt: homo autem illas pro cibo minime appetit.Cum igitur idem sit ius naturale, quod bonum quoddam,bonum autem omnia animantia appetunt,sequitur ius naturale id esse,quod omnia animantia appetunt, & ad quod natura sua inclinantur. & hoc est, quod ait Iurecons. in.l.1.ff.de iusti.& iur.cum inquit

6 ius † naturale, est quod natura docuit omnia animalia. natura scilicet increata, idest ipse intellectus increatus, qui dat unicuique animalium inclinationem appetendi bonum, naturæ cuiusque conueniens, atque id fugiendi, quod cuique naturæ noxiū uidetur. Pro clariori igitur intelligentia, scire oportet, quid sit natura, ut intelligamus quid sit hoc ius, seu bonum naturale, ad quod omnia animantia a natura inclinantur,atque mouentur. Phil.1.Phys.asse-

7 rit † naturam esse, principium motus, & quietis, eius in quo est primum, & per se. & in.1. Polit. dicit, perfectionem cuiusq; rei esse naturam ipsius rei. Bartol. in tract. de alueo.§.quod si.idem affirmat. quod perinde est,ac si diceretur,natura est forma cuius rei. forma enim dat esse,perfectionemque rei.l.Iulianus §.si quis.ff.ad exhib.Sali. in.l.2.C.de rescind.uend.in 6.col.dicit, inter perfectum & naturam, nihil medij esse. natura enim perfectis rebus inest.

8 Et quia † animantium triplex reperitur forma, & per consequens triplex natura: una enim est arborum, & hærbarum, alia animalium, tertia hominum. Forma, seu

9 † natura arborum,& hærbarum, est anima uegetatiua, seu uegetabilis, quæ est causa nutriendi, augendi, generandique. Aristo. in.1.Ethic.2. de anima. Sanctus. Thomas in opusculo de potentijs animæ. Bar. in.d. §.quod si.ad hæc. ergo arbores & hærbæ, suapte natura mouentur, tanquam ad suum bonum,& naturale ius.& sic uiuere, nutriri, & crescere in arboribus, est ius naturale: idest bonum conueniens naturæ ipsarum. & hoc iustum, & bonū, natura, idest Deus, docet omnes arbores, &. hærbas. appetunt præterea esse, motæ ad id a natura, quamobrem uidemus eas, in conuenientibus naturæ suæ innasci locis. aliæ enim in montibus, suapte natura ueniunt. aliæ in planicie. in paludibus aliæ. Appetunt etiam nutriri, tanquam bonum, a natura ejs tributum: nam ueluti ore in terris demerso trahunt alimenta radicibus, ac per medullas, per robur, corticemque diffundunt. nam medulla ueluti nobilissima pars, in intima est parte: cortex uerò ut durus, rigidusque in parte exteriori, aduersus frigora gelicidium, æstusque, opponitur. & sic defensio est etiam iure naturæ arboribus, tributa.

Adde

Adde quòd in hærbis, & arboribus est etiam coniūctio maris & fœminæ id quod est de iure naturæ. L. 1. §. 1. ff. de iusti. & iur. in unaquaque enim arbore, est masculus & fœmina, non tamen distincti, imo semper in coniunctione: ut ait. Aristot. in libro. 1. de generatione. cap. 20. ex qua coniunctione nascuntur & fructus, & plantæ, & sine ea, id minime fieret. Sūt præterea obligatæ natura ipsa hæc omnia obseruare. obseruantque, nam crescunt, nutriuntur, generantue fructus, & plantas eiusdem generis, sed aliæ, alios fructus, alioque tempore producunt, & ita laudant Deum, secundum illud psalmi. Laudate Deum mōtes & omnes colles, ligna fructifera, & omnes cedri laudant enim Deum obtemperādo eius præcepto, referunt enim fructus, tā quam tributum naturæ. Et hoc sit primū ius, seu bonum naturale, & appelletur ius naturale arborum, & hærbarum, sed de hoc nihil ad leges.

Summarium.

1 *Natura Animalium quæ.*
2 *Vita, est actio: seu operatio uiuentis.*
3 *Coniunctio maris & fœminæ in Animalibus est sine electione.*
Et quare coniunctio est ordinata.
4 *L. 1. §. ius naturale. ff. de iusti. & iu. declaratur.*

II. DECLARATIO IURIS naturalis animalium.

SEcunda est forma, seu natura animaliū omnium, inter quæ etiam connumerātur homines, non tanquam homines, sed tanquā animalia sine ratione. homo. n. absq; ratione purum est animal, cum sit cor-
1 pus animatum sensibile: hæc † autē secunda natura, est anima sensitiua. Bar. in. d. tractat. de alueo, quæ etiam habet potentiam uegetatiuam. ab hac anima sensitiua, seu sensiua, animalia omnia tanquam a natura propria mouentur ad bonum, seu ius naturale suum. s. ut se, uitam corpusq; tueantur sine ratione tamen. Cicero. 1. Offic. hæc autem uerba ita declarato. se, idest esse,
2 seu essentiam. uitam, idest operationes, † uita enim est actio, seu operatio uiuentis: S. Thomas in opusculo de potentijs animæ. corpus etiam tuentur, ne scilicet offendantur, uulnerenturue, & hæc sunt bona conuenientia eorum naturæ, uiuere etiam est bonum animalibus, & sic est ius naturale.

Est tamen aduertendum, uiuere simpliciter, non esse proprium ius, seu bonum animalium, est enim commune cum plantis: sed uiuere secundum appetitum, est propriū animalium. Item ut uim, atque uiolentiam repellant. l. 1. ff. si quad. paup. fecis. dic. §. cū
3 arietes. Præterea † animalia ad coniunctionem maris & fœminæ, & suapte natura mouentur, generationis causa, non tamen ex electione, sed ab instinctu naturæ absque ratione id fit, prout naturæ capacia sunt procreandi gratia solum. Aristo. 1. Oecono. naturale enim desiderium est etiam in plantis, alterum tale relinquendi, quale ipsum est. Aristo. 1. Polit. natura enim desiderat multa similia efficere, sed est impossibile fœminam sine mare, & marem sine fœmina, hoc ad implere, ob hanc igitur rem, a natura, est ordinata coniunctio maris & fœminæ: sed in alijs animalibus absque ratione id fit. Arist. 1. Oecono. & hoc inquit
4 † Iureconf. in. l. 1. ff. de iusti. & iur. ait. enim hinc; (idest ex hac natura) descendit maris & fœminæ coniugatio. legendum est coniunctio. coniugatio enim est quasi sub iugo ligatio, & est quasi quædam societas, quæ non potest esse in animalibus irrationabilibus, cum contrahatur consensu. instit. de so. net. coniunctio uerò bene est in alijs etiam animalibus, & hic textus loquitur etiam de alijs animalibus ab homine, ergo &c.

Summarium.

1 *In bellnis non est illicitum, nec iniquum.*
2 *Vitia, & uirtutes morales non sunt à natura, sed in nostra potestate.*
3 *Natura in Diabolo est bona.*
4 *Obligatio naturalis est in Animalibus.*

III. DECLARATIO AN CONIUNCTIO ILLICITA SIT DE IURE NATURAE.

QVæritglos. an coniunctio illicita, fit de iure naturali? Respondeo, minime. nam inter belluas non potest esse coniunctio illicita. quia in belluis, non est illicitum, nec iniquum. illicitum enim & iniquum est, id quod est contra leges. Aristo. in 5. Ethic. sed nulla lege prohibetur, cõiunctio maris & fœminæ in animalibus. ergo. &c. imo ipsa natura, idest Deus, præcepit fieri talem coniunctionem. si quidem creatis animalibus dixit, crescite & multiplicamini, & replete terram. Est igitur huiusmodi coniunctio in belluis, secundum legé naturæ, & ita est licita & equa omnino. n. quod sit secundum legẽ, est æquũ, & licitũ, Arist. in 5. Eth. Inter homines uerò non est de iure. i. de bono naturali, propterea q; nõ est rationi rectæ consentanea quæ est natura hominum. natura. n. semper inuitat ad res honestas. Aristo. 1. Ethic. est igitur uitium quoddam a praua ratione, & est intemperantia. quia fit cum quibus non o-
2 portet, & quando non oportet, ut in 3. Ethi. Et † uitia non sunt a natura, nec uirtutes morales ut in 2. Ethic. sed sunt in nostra potestate. bene enim agere, & male agere, in nostra est potestate. Aristo. in 3. Ethic. & ita uitia itidem, & uirtutes sunt in nostra potestate. Est itaque illa coniunctio illicita, prout illicita est, à nostra uolũtate, sunt tamen in hoc considerandæ duæ res; coniunctio scilicet maris & fœminæ: & illa qualitas illicita. Cõiunctio per se, est bona, est enim à natura ordinata, & præcepta, dum Deus dixit masculo, & fæmina creata: crescite & multiplicamini. & qui nascuntur ex ea coniunctione, sunt filij naturales, & sunt alendi. Illa uerò qualitas illicita, non est à natura sed a nostra uolunrate, cum sit uitiũ, quamobrem est mala, & est peccatum est. n. contra diuinum præceptum illud, non mæchaberis, & peccatum mortale est præuaricatio legis diuinæ, & cœlestium inobedientia mandarorũ, ut S. Thomas refert in opusculo de modo confitendi. Est itaq; coniunctio maris & fœminæ, per se bona, & est à natura: illa uero qualitas illicita est ab ho-
3 mine, & est mala. sicut dicimus in † diabolo in quo natura & creatura ipsa, est bona: quia omnis creatura Dei bona est, estq; a Deo, ut inquit Paul. ad Timot. c. 4. Malitia uerò est ab illius uoluntate, non a Deo. Item homo musicus, homo prout est corpus naturale est a natura: prout uerò est musicus, minime, sed ab hominis uoluntate, id efficitur.

Sequitur in d. l. 1. hinc, (hoc est, ex hac natura) est liberorum procreatio, & educatio, simplex. s. absq; bonis moribus. hæc omnia complexus est Cicero in 1. officiorum, cuius uerba sunt hæc. principio generi animantium omni est a natura tributum, ut se, uitam, corpusq; tueatur, declinetq; ea, quæ ei nocitura uidentur, omnia, quæ sint ad uiuendum necessaria, inquirat, & paret, ut pastum, latibula, & alia eiusdem generis. commune autem animantium omnium, est coniunctionis appetitus, procreandi causa, & cura quædam eorum, quæ procreata sunt. hæc Cicero. Ad hæc igitur omnia animalia mouentur, a propria eorum natura, ueluti ad bonum, seu ius naturale, idest sibi conueniens, secundum propriam cuiusque naturam: id enim significat, hæc appellatio naturale. Non tamen omnibus animalibus est unum, & idem bonum, seu ius naturale: nam aliud est bonum piscibus, ut puta, esse sub aqua, aliud est bonum auibus, ut puta, uolare, & alia huiusmodi, & sic de alijs similibus. Item coniunctio maris & fœminæ, & procreatio, & educatio eorũ, quæ procreata sunt, non est una, & eadem omnibus, sed diuersis, diuersoq; tempore. est scié
4 dum † ad hæc omnia facienda, duci, moueri, obligariq; animalia, natura ipsa, & adeò obligata sunt, ut nullo unquã tempore, ab ipsa obligatione dissoluantur, licet duce natura, semper suo tempore, obligationi satisfaciant, quæ obligatio nõ nascitur ex promissione, seu pactione aliqua, sed a propriæ naturæ inclinatione: ut apparet in igne, qui natura sua semper tendit sursum: & in lapide, qui deorsum, prout natura inclinat, & ligat non. n. mouentur eorum arbitrio, sed a natura ducuntur, sicut sagitta ad scopum, a sagittario dirigitur. Sit itaque secundum ius naturale animalium, atque obligatio quædam animalium.

SVM-

Summarium

1 *Viuere & sentire non est proprium hominis.*
2 *Ius naturale hominum, quid.*
3 *Vocatur etiam ius gentium. & cur?*
4 *Melius est esse in inferno, quam non esse.*

IIII. DECLARATIO IVRIS naturalis hominum.

Tertia est forma, seu natura hominũ, quæ est ipsa anima rationalis. ea.n. est perfectio hominis, ergo & forma. perfectio.n.cuiusq; rei forma substantialis est ipsius rei, Aristo.1.Polit. Bar.in.d. trac.de alueo.§.quod si. & operationes quæ manant ab ipsa, & cum ipsa fiunt, sunt pro-
1 priæ hominis. nam † uiuere sine ratione, nõ est proprium naturæ hominis, sed est commune homini cum plantis. nec sentire quidem, hoc enim homini, cum equo atque boue, omniq; animali, constat esse commune. Operatio igitur per rationem, est propriæ naturæ hominum, hæc ex Aristo.in 1.Eth. est enim proprium ipsius hominis quoddã opus, in quo consistit bonum hominis: sicut in operatione equi, consistit bonũ equi. Hæc autem natura semper tendit, inclinatque ad bonum sibi consentaneum, idest ad
2 iustum, & honestum. illud † ergo bonum, seu ius, ad quod homo propria natura inclinatur, impelliturque, bonum seu ius naturale hominum, appellatur. ut notat S. Thomas in 5.Ethi. Non est ignorandũ, quoddam esse bonum, quod apprehenditur ab ipso intellectu sine discursu aliquo, cognosciturq; ab intellectu naturali instinctu, diuino quodam lumine, ut ait diuus Thomas in opusculo de potentiis animæ. ueluti est religio erga Deum, obedire parentibus, sepellire uiuim, seruare fidem, & huiusmodi. hæc.n. sunt iusta, honestaque. item reddere depositum, & commodatum, acquisitio alimentorum ex his quæ a natura sunt, ueluti ex fructibus, & animalibus, huiusmodi enim acquisitio est naturalis, ut in 1.Polit. & est a iure naturæ.c. ius naturale.1.distinctio. unde illud, quis ostendet nobis bonum? signatum est lumen uultus tui, domine, super nos. & illud Ioannis. erat lux uera quæ illuminat omnem hominem. &c. Quicquid igitur ipsi intellectui, instinctu naturæ, absque rationis discursu, bonum apparet, huiusmodi est ius naturale hominum.c. ius naturale.1. distinct. ubi dicitur, ius naturale, est id quod est commune omnium nationum, eoque ubique instinctu naturæ non constitutione habetur aliqua.
3 Et hoc ipsum † ius naturale hominũ, quod natura prodidit cum genere humano.§.singulorum Insti. de rer. diuisio. uocatur, etiã ius gentium, ob eam rem, quod cogentes utuntur, non quod inuenerint.l.1.§.ius gentium. de ius & iur.ff. & hoc, Bar. in.l.si id quod.ff.de condict. indeb. ait appellari ius gentium primæuum, quod est idem quod ius naturale, ut in .d.§. singulorum. Sed hanc appellationem primæui, & secundarij minime approbarem. si quidem dicendo primæuum, uideretur illud ius naturale hodie non uigere, quasi dicat, illo æuo primo duntaxat ius naturale uiguisse, hodie autem minime, cum tamen etiam hodie inter homines sit ius seu bonum naturale, ut superius diximus.

Sit itaque ius, seu bonum naturale, ut genus, diuidaturque in tres species, uidelicet, in ius, seu bonum naturale arborum, & hærbarum, & hæc est una species, alia sit species, ius seu bonum naturale animalium, inter quæ, & homines, non considerata ratione cõnumerentur. Tertia erit species, ius seu bonum naturale hominum, quod & ius gentium appellatur, & hoc nunquam est iniustum, sed semper est bonum. ut in fine illius.c.&.l.ius de iusti. & iu.ff. & intellectus simplici appulsione cognoscit id esse bonũ.

Illud autem quod primo aspectu, non apparet bonum intellectui, sed per discursum rationis reperitur esse bonum, & gentes cõstituerunt esse bonum ratione naturali duq; cæ, est ius gentium, ueluti bella iusta, seruitutes, emptiones, & huiusmodi, ut.l. ex hoc iure de iusti. & iur. ff. Et quia bonum est hominis secundum rationem, uiuere, uitamque tueri. 10. Ethic. & adeo est bonum,
4 ut sit † melius esse, & esse in inferno, quam nullo modo esse, ut ait Sanctus Thomas in compendio Theologiæ. Propterea quisque appe-

appetit se, uitam, corpusque tueri, & quæ ei nocitura uidentur declinare, & hoc unicuique a natura est tributum. Hoc igitur bonum, quod est conueniens naturæ humanæ, appellatum est bonum, seu ius naturale hominum. ex hoc iure, concessum est homini, uim atque iniuriam propulsare, cum moderamine tutelæ. l. ut uim. ff. de iust. & iur. l. 1. C. unde ui. prout ratio naturalis expostulat, inquiens, ne facias alteri, quod tibi nolueris, ut. c. 1. distinct. 1. & Christus noster in Euangelio. quæcunque uultis ut faciant uobis homines, hæc eadem facite illis. Hæc igitur est illa moderatio, quam ratio naturalis expostulat.

Summarium.

1 *Coniunctio maris & fœminæ cum electione est hominis.*

2 *Matrimonium est de iure natura.*

3 *Verba illa, relinquet patrem & matrem, quomodo intelligantur.*

V. DECLARATIO matrimonij.

Sed quoniam ipsa hominum indiuidua, non possunt esse perpetua, hanc ob causam, bonum est, ad generis humani perpetuitatem, ut mas & fœmina, generationis causa, coniungantur. intellige, cum electione, quæ fit recta cum ratione. Arist. lib. 3. Ethico. & ipsa recta ratio, semper initat ad res honestas, lib. 1. Ethico. honestum est, ut mas uni tantum fœminæ adhæreat, quam consultando, deliberandoque sibi deligit, & hanc uxorem appellamus, id quod diuino iure præcipitur. genes. c. 2. propter hoc relinquet homo patrem, & matrem, & adhærebit uxori suæ, non dixit uxoribus suis. At coniunctio maris & fœminæ, absque electione, communis est omnium animantium; ut in 1. Polit. & qui ea utitur,
1 est similis belluæ. † Coniunctio uerò maris & fœminæ cum electione, est hominis tantum, ut demonstratum est, quam nos matrimonium appellamus. hoc est, quod ait iureconsultus in l. 1. c. de iusti. & iur. ff. in quiens, hinc descendit maris & fœminæ coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, supple tu, coniugatio cum electione. nam coniugatio maris & fœminæ sine electione, quæ propria est animalium non participantium rationis, matrimonium appellari minime licet. unde Aristo. 1. Eco. societas est, inquit, maxime secundum naturam maris & fœminæ, natura enim desiderat multa similia efficere, id quod sine maris & fœminæ coniunctione adimpleri non potest. subdens, in belluis absque ratione, id efficitur, & in quantum naturæ capacia sunt, procreandi gratia solum fit. At in homine, non ad esse solum, uerum etiam ad bene esse, mas & fœmina ope mutua con iunguntur, filiosque procreant, non solum ut naturæ tributum ferant, sed ut commoda ex inde suscipiant uigentes enim ipsi imbecilles natos labore tuentur, atque alunt, mox ipsi imbecilles ob senium facti, eadem a uigentibus filijs recipiunt, & simul natura per hunc circuitum adimplent sempiternitatem, ut id, quod secundum numerum fieri non potest, secundum speciem efficiatur. Est igitur † matrimonium de iure naturæ hominum, origine ipsa: institutionem autem solennem, aiunt, manasse, de iure diuino. 1. Genesis, dum Adam dixit, hoc os ex ossibus meis, & caro de carne mea, postea de iure canonico auctæ sunt solennitates. subditur deinde in. d. c. 1. &
3 † propter hoc relinquet homo patrem & matrem, & adhærebit uxori suæ. ex quibus uerbis uidetur, ut homo debeat relinquere parentes propter uxorem, quod est contra illud præceptum diuinum: honora parentes. sed dic, illa uerba aliud significare. ex illis enim prohibetur matrimonium in primo gradu, cum illa ætate solum prohibebatur filius accipere matrem, & filia patrem, fratres uero & alij non prohibebantur, accipere sorores, aliasq; consanguineas, ut patet in Caim & Abel, in lege uero Mosæ fuit prohibitus primus, & secundus gradus.

VI. DE-

VI. DECLARATIO QVAMOBREM dicatur matrimonium.

Quæri solitum est, quamobrem matrimonium potius a matre, quam a patre dictum sit? Respondi, neque matrem, neque patrem esse, matrimonium:
1 sed † coniugatio illa maris, ac fœminæ appellatur matrimonium. Et sicut terra ex qua omnes fructus nascuntur, appellatur mater, Aristo. 1. de generatione ita ea coniugatio maris & fœminæ, ex qua omnes homines nascuntur, meritò dicenda est mater omnium, eamque appellamus matrimonium. i. matrem omnium. hoc ostendit Iure cons. in. l. 1. de iusti. & iur. §. ibi. maris atq; fœminæ coniugatio, quam nos matrimonium appellamus. meritò igitur maris & fœminæ coniugationem, matrem nominamus, & non patrem, cum sit fœminini generis, sicut, & terra mater, & non pater nuncupatur. Matrimonium itaq; est bonum quoddam; consistens in uirtute, idest in mediocritate, hoc est inter intemperantiam, & insensibilitatem. est enim quædam coniunctio, cum quibus oportet, ubi oportet, & quando oportet, & gratia cuius oportet. & hoc est medium, seu mediocritas, in qua uirtus consistit. 2. Ethic.

Summarium.

1 *In actionibus humanis reperiuntur plus & minus, quæ sunt uitia, & æquale, quod est uirtus.*
2 *Et istud æquale quomodo cognoscatur.*
3 *Virginitas est melior matrimonio.*
4 *Virtus heroica quæ dicatur.*
5 *Bestiales qui.*
6 *Educatio liberorum est de iure naturali.*
7 *Coniunctio maris & fœminæ quid sit.*

VII. DECLARATIO an uirginitas sit uirtus.

Quæstio est, an uirginitas sit in aliqua uirtute ponenda? Et uidetur uirginitatem, non in uirtute aliqua, sed in uitio consistere. Pro quo sciendum
1 est, in † actionibus humanis, reperiri aliud plus, aliud minus, æquale aliud. æquale autem est medium, inter excessum & defectum. excessus autẽ & defectus, sunt uitia, & ob id uituperantur: medium siue mediocritas inter utrũque est uirtus, quæ meritò laudatur, ob hãc igitur rem, dici solet, nimium & parũ corrumpunt bonum: mediocritas autem facit, auget, & conseruat. nimij enim, & pauci cibi, ac potus, corrumpunt ualetudinem: moderati autem, faciunt, augent, & cõseruant. uirtus itaque in mediocritate, consistit: quãobrẽ nimiũ dare, est uitiũ, est enim prodigalitas: parum dare, est itidem uitiũ, idest auaritia, mediocriter uerò dare, est uir-
2 tus. † Medium autem in actibus nostris est, quando oportet: quibus oportet: & ut oportet, & gratia cuius oportet. Circa uoluptates uenereas, est etiã excessus, & defectus, & mediocritas. excessus intemperantiæ: defectus uerò insensibilitatis, uitium est: mediocritas uerò, est temperantiæ uirtus. qui igitur in uoluptatibus uenereis excedit, est intẽperans: qui uerò in illis deficit; insensatus uocatur, quam ob causam, mulier nupta, quæ mediocriter uenereis uoluptatibus utitur, idest quando oportet, idest tẽpore licito: cũ quibus oportet, idest cũ marito: ubi oportet, in loco honesto: ut oportet, idest modo licito: gratia cuius oportet, idest procreandi causa, merito tẽperans appellatur. At uirgo nũquam uenereis uoluptatibus fruens, in defectu, & per consequens in uitio esse uidetur, & ideo insensata dicenda esset, ergo uituperanda: quia tam defectus, quam excessus uituperatur. hæc ex. Aristo. in. 1. & 2. Ethic. Sed contrarium est uerum, nam ut inquit. Paulus 1. ad corin. cap. 7. qui matrimonio iungit uirginem suam, bene facit, & qui
3 non iungit, melius facit. est † igitur uirginitas, matrimonio longe melior. sed matrimonium est in uirtute, scilicet in temperantia, ergo uirginitas, quæ est melior, si non est in temperantia, ut supra ostensum est, necesse est ut in aliqua uirtute excellentiori existat.

Pro solutione sciendum est, hominem poni, quasi medium quoddam, inter substantias separatas, & belluas. cum substantijs enim

enim separatis, ideſt cum Angelis, commu-
nicat per intellectum & rationem, cum bel
4 luis uerò per appetitum. ſi itaque † homo
per rationem, ita operetur per aliquam uir
tutem, ut ſuperet uirtutem humanam quaſi
in ſimilitudine ſubſtantiarum ſeparatarum,
huiuſmodi operatio uocatur uirtus heroica,
& qui ita operantur, uocantur heroes, quia
per operationem rationis excellentiſſimã
ad Deum appropinquant, dicunturque ſemi
dei, quaſi medij inter Deos, & homines, fin
gebanturque à Poetis uiuere in aere, ſicut
Dij in cælo, & homines in terra. Omnis ita
que uirtus ſuper excellens uirtutem huma
nam, uocatur heroica, & qui excellit, heros
appellatur. qui igitur erat fortis, ſuper om-
nem fortem, uocabatur heros, ut Hercules,
& eius uirtus, erat heroica, ſeu diuina, ita, &
qui erat temperans ſuper omnem tempera
tum, uocabatur heros, eiusque uirtus, tempe
rantia heroica, ſiue diuina: quamobrem uir
go quæ omnem excedebat temperatam,
Heroica ſeu, diuina uocabatur: hanc ob cau
ſam à Poetis Diana & Minerua finguntur
diuæ. hinc Imperatores, qui ſuperabant in
excellentia humanas uirtutes, habebantur
ab hominibus, diui: ut legitur apud Hiſto-
riographos, & etiam apud iure conſultos,
quod tractum eſt à Laconibus, qui cum ual-
de aliquem admirabantur, dicebant, uir di-
5 uus eſt hic. E contrario, qui † naturam
humanam. in uitijs excedunt, beſtiales nun
cupantur, propterea quod ad beſtiarum na-
turam propè accedũt. & hinc, eos qui uiuũt
ſecundum appetitum. relicta ratione, infa-
mi hac appellatione, beſtiales uocamus.
hinc illud, in chamo, & freno maxillas eo-
rum conſtringe, qui non approximant ad
te. Ex his ergo concludendum eſt, uirgi-
nitatem eſſe uirtutem heroicam, quæ om-
nem temperantiam, omnemque continen-
tiam humanam superexcellit, & propterea
melior eſt matrimonio. Nec obeſt, quod
qui eſt in defectu, eſt inſenſatus, tunc enim
dicitur inſenſatus, quãdo nõ utitur uolupta
te, eo quod eã non ſentiat. ſed quãdo quis à
uoluptate tentatur, ſi ea mediocriter utitur,
dicitur temperans, hinc temperãtia quæ eſt
uirtus moralis: at ſi eam penitus excedit, di-
citur heros, uirtus uerò heroica appellatur,
& talis eſt uirginitas. & hæc de uirginitate.
1 ¶ Nunc ad ius naturale reuertamur, educa-
re etiam filios, eſt bonum conueniens natu
ræ humanæ, quæ eſt ipſa ratio: ſi eſt bonum
naturæ conueniens, ergo iuſtum naturale,
ideſt ſecundum naturã hominum, hoc enim
huiuſmodi appellatio, naturalis, ſignificat.
6 hinc aiunt, † educationem liberorum eſſe de
iure naturali. c. ius naturale. 1. diſtinc. patet
enim natura ipſa, tenetur alere filios. l. fi. de
bonis, que lib. patet igitur, coniunctionem
maris & fœminæ, eſſe ſocietatem quandã,
generationis cauſa, natura ipſa conſtitutam.
7 † fœmina uero natura ipſa, eſt ſub imperio
maris. maſculus enim principalior eſt ſœmi
na, niſi alicubi contra naturam exiſtit, Ari-
ſto. 1. Polit. ex quo apparet fœminam domi
nari uiris, eſſe contra naturam. Ariſto. ibi-
dem. & hæc fuit prima ſocietas, à natura
conſtituta. ſecunda & proxima eſt ſocietas
patris & filij, iure naturæ colligata, ut col-
ligi poteſt, ex. 5. & 3. Ethic.

Summarium.

1 *Patria poteſtas eſt de iure naturæ.*
2 *§. Ius poteſtatis. inſtitu. de patria poteſta. decla
ratur.*
3 *Emancipatio quomodo tollat patriã poteſtatẽ.*

VIII. DECLARATIO PA- triæ poteſtatis.

QVæritur, an poteſtas patris in filios,
quo ad ſubſtantiam, atque eſſe, ſit
iure naturæ, an uerò ciuili conſtitu-
ta? Doct. aiunt, illam eſſe, à iure ciuili Ro-
manorũ introductam; aſſeruntque ſine con
trouerſia, hoc probari. Inſti. de patria pote-
ſtate. §. 1. ubi Imperator in hæc uerba ait,
ius poteſtatis, quod in liberos habemus, pro
prium eſt ciuium Romanorum. Confirma-
ri poteſt hoc quod aiunt, nam patria pote-
ſtas per emancipationem tollitur. Inſti.
quib. mod. ius. patr. po. ſol. §. per emancipa-
tionem. ſed emancipatio eſt a iure ciuili in
troducta: ergo patria poteſtas, eſt de iure ci
uili, propterea quod ciuilis ratio ciuilia qui
dem iura corrumpere poteſt, naturalia ue-
rò non utique. §. fi. Inſti. de legi. agna. tut.
1 Tu uerò dicas, † patriam poteſtatem, eſ-
ſe natura

se natura ipsa, quo ad eius substantiam, auctoritate, & lege demonstratur. quod aucto ritate. Aristo. ait in 8. Ethic. natura, pater filiorum, Auus nepotum imperium obtinet, natura inquit, non iure ciuili. uide obsecro, quam aperte hoc dicat. Hoc idem lege confirmatur, ait enim iureconsul. in. l. pronunciatio. §. iure proprio. de uerbo. sign. ff. iure proprio, familiam dicimus, plures personas. quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subiectæ: ut puta, patrem fam. matrem familias, filium familias, filiam familias subdit deinceps, paterfam. appellatur, qui in domo dominiũ habet. potest ne hoc distinctius, apertiusque demonstrari, natura, ait, esse filios sub pātris potestate subiectos. res itaque adeo clara iam appa ret, ut demonstratione amplius non egeat.

2 Nõ obstat. † tex. in. d. §. ius potestatis. nõ enim inquit Imperator, potestatem. quam in liberos habemus, propriam esse ciuium Romanorum: sed ait, ius potestatis. aliud enim est ius potestatis, aliud ipsa potestas: sicut aliud est ius fundi, aliud est ipse fundus ius enim, ut superius dictum est, quædam est ordinatio ciuilis societatis, & id quod ciuitas constituit. ut insti. de iur. na. gen. & ciuil. §. 1. uers. sed quod in uerbo constituit. illud ergo quod constituit ciuitas Romana, circa potestatẽ patris, est ius: si quidem multos eius effectus constituit, ut puta, quod filius patri acquireret, nec posset patrem in ius uocare, & eiusmodi, de quibus glo in. d. §. ius potestatis. quamobrem hoc ius, seu hos see effectus a ciuitate Romana constitutos, dicam esse ciuium Romanorum. Quòd autem hoc ita intelligi oporteat, ostendit ibi Imperator subdens, nulli alij sunt homines qui talem habeant potestatem, qualem nos habemus. accuratè profectò dixit, talem, qualem; quæ uerba sunt relatiua qualitatis quod perinde est ac si dixisset, nulli alij habent potestatem. ita qualificatam uti nos habemus. Non igitur dicit, alios eam non habere: nam & Persæ utuntur filijs, ut seruis & ita tex. ille declaratus nequaquã obstat.

3 Præterea non obstat, † emancipatione tolli patris potestatem: si quidem respondetur, emancipatione, non potestatem ipsa n, quo ad substantiam tolli, sed ius illud, seu effectus potestatis. hoc ipsum ostendit, titulus ille, ita inscriptus. Quibus modis ius patriæ potestatis soluitur: non autem inscribitur, quibus modis patris potestas soluitur Vbicunque itaque in iure reperitur, filios aliqua de causa desinere esse, in patris potestate, intelligas, quo ad effectus. Habes iam declarationem dicti. § ius potestatis, & ex supradictis audacter dico, patris potestatem, natura esse constitutam.

Summarium

1 *Pater & filius natura ipsa eadem persona.*
2 *Reges, & tyranni qui.*
3 *Manu regia gubernari, quid sit in. l. 2. ff. de orig. iur.*
4 *Obligatio ciuilis cur non est inter patrem & filium, uel fratres. secus naturalis nu. 5. L. dis nulla. ff. de iudi. declaratur.*
6 *Domus a seniore gubernabatur. & poterat pater leges condere in domo sua.*

IX. DECLARATIO QVAMOBrem inter patrem & filium non est obligatio ciuilis.

QVæritur etiam hic, quamobrem inter patrem & filium, ciuilis obligatio esse non potest? Doct. in. l. frater a fratre. ff. de condict. indeb. dicunt, patrem & filium iure ciuili, ob patriam potestatem eandem censeri personã l. fin. C. de impube. & ali. sub. quam potestatem iure ciuili esse aiunt. Insti. de patr. pot. §. 1. ibi enim Imperator ait, ius patriæ potestatis proprium est ciuium Romanorum: eam ob rem inquiunt, non posse filium patri ciuiliter obligari, & è contrario. obligaretur enim sibi ipsi, quod fieri nequit. obligatio uerò naturalis, quæ est de iure gent. ut inquiunt. l. cum amplius. §. is natura debet ff. de regul. iur. bene potest esse inter patrem & filium, quum natura, eadem persona minime censeantur, sed tanquam separati, & sic unus potest alteri obligari, hæc illi. Talis ratio in multis peccat. nam † pater, &

1 filius etiam natura ipsa, eadem persona censentur,

sens,est.n.filius,pars ipsius patris separata. Aristot.5.Ethic.& in.8 dicit, filij sunt qua si ipsi alij separatione. & est tex.apertus,in. d.l.fi. quam allegant Doctores, & non animaduertunt. ibi enim apertè Imperator ait. quum natura,pater,& filius,eadem esse per sona intelligantur. & tamen alter alteri naturaliter obligatur, Præterea,dum inquiũt, potestatem patris esse propriam ciuium Romanorum,maximopere aberrant:fuit enim iure naturæ inuenta, ut supra demonstratũ est, in declaratione.8. & propterea huiusmodi eorum ratio,nullo modo procedit.

Mouentur.& alia ratione nam ante inuentas actiones, is qui recipere aliquid debebat,manu regia id consequi poterat.l.2.de orig.iur.ff.ubi dicitur. initio ciuitatis nostrę,populus sine certa lege,sine certo iure, agere constituit: omnia enim manu regia gubernabantur. Postea inquiunt ipsi,iure ciuili introductæ fuerunt actiones,per quas quis in iudicio persequebatur,quod sibi debebatur: & considerauit ius ciuile, quòd patri erga filium, & domino erga seruum,remanebat illa potestas regia: quia sua auctoritate poterat auferre,à seruo, uel filio, id quod,sibi debebatur:ideo ipsi patri,& domino,de remedio actionis,uel obligationis ciuilis, minime prouidit. Et hæc ipsa ratio infirma leuisque est. præsupponunt enim, ante actiones inuentas, manu regis omnia sine actione expedita fuisse, id quod minime recipiendum est.

Quid sibi uelint nescio:nullibi enim reperio,hanc manum regiam,de qua loquuntur habuisse locum, nisi in initio Romanæ ciuitatis.d.l.2 siquidem iure naturæ non erant Reges.sparsim enim habitabant,& unaquæque familia, ab alia separata, à seniori gubernabatur. unde Homerus ait.

Iura dant singulis natis, & uxoribus sparsim.

Nam sic antiquitus habitabant. Arist.1. Polit.quamobrem illa manus regia,non poterat esse quum Reges nondum essent. Iure uerò gentium,quo Reges inuenti fuere. l. ex hoc iure.ff. de iusti. & iure. minime res manu illa regia expediebantur.eò enim iure fuerunt constitutæ ciuitates, omnibus suis partibus perfectæ.d.l. ex hoc iure? de quibus alibi dicetur in decla.18. inter quas, erant Magistratus, & iudicia, ut in.4.& 6. Polit.qui ergo aliquid se daturos, facturosve promiserant,corã Magistratibus conueniebatur,à quibus iuridicè,& secundũ ciuitatis iura,facere,dareue cogebantur, ut demonstrat Aris.locis supradictis:& Iurecõs. in.d.l.cum amplius.in.§.is natura debet,de reg. iur.ubi inquit.is natura debet,quem iure gentium dare oportet. Patet ergo,debitorem iure gentiũ potuisse a magistratibus cogi,quũ eo iure esset obligatus.d.l.ex hoc iure.nõ fuit igitur necessaria eo iure illa manus regia,de qua Doctores, minimeque de

2 iure ciuili. Præterea † ueri Reges omnes, secundum leges,ac morem ciuitatis gubernabant,alioquin Tyrãni efficiebãtur. apud Lacedemonios enim,Reges secundũ leges instituebantur, imperiumque duntaxat habebant eorum,quæ ad bellum pertinebant. Erant præterea eis sacrificia,deorũque cæremoniæ commissæ,uitæ autẽ,necisque alicuius potestatem,nisi in bello non habeãt. Heroicis uerò temporibus,erant etiam Reges,qui sacrificia curabant, & de controuersijs secundum leges,moresque iudicabant: alij id faciebant, iure iurando. erat autem ius iurandum, per sceptri eleuationem. Ex his patet,nullo unquam tempore, Reges sine obligatione, seu rudi saltem actione, aliquid expedisse: & per consequens, non erat manus regia,de qua Doc.

Nec obstat tex.in.d.l.2. non.n.dicit,omnia manu regia gubernari,sed inquit.in initio ciuitatis nostræ: ergo alibi non ita erat, cum ante Vrbem conditã,& lacedemonii, & Athenienses sua iura, suasque actiones habebant, quibus Romani postea accepe rũt.d.l.2.§.postea. nec Romæ quidem sine lege,& actione,res manu regia expediebãtur,nec Pomponius hoc dicit: sed ait, sine certa lege,sine certo iure.i. fine iure ciuitatis:nã initio, non erat ius ciuile Romanorũ conditum:uiuebant tamen iure gentiũ,quo oẽsgentes utebantur.§.ius autem gentium. Insti.de iur.na gen.& ciuil. iure autem gentium, ut dictum est, erant obligationes, & actiones, saltem rudes.d.l.ex hoc iure.&.d. l.eumamplius.§. is natura debet.

3 Quid ergo uolũt illa uerba,uidelicet † illa manu

manu Regis gubernabantur. dicito, antequam essent creati magistratus, & antequã populus a Romulo esset in triginta curias diuisus, ipsemet Romulus præ erat controuersijs, illasque ut iudex, secundum ius & æquitatem gentium determinabat, uti Reges heroicis temporibus faciebant. 3. Polit. hoc idem & Moses in populo iudaico agebat, non tamen Reges cogebant aliquem non obligatum ad aliquid soluendum, uel faciẽdum: id quod fuisset iniustum. & non ad Reges, sed ad Tyrannos pertineret. Postea Romulus populum in curias diuisit, creauitque Magistratus, nec amplius manu sua propria gubernabat: sed rei pub. curam. Per sententiam curiarum expediebat. d. l. 2. §. 1. Ex his ergo patet. manu Regis nil expeditum fuisse sine actione, saltem in composita: quamobrem inter patrem & filium, eiusmodi manus regia, non poterat locum habere, cum inter eos non potisset aliqua existere lis, seu iudicium. l. lis nulla. de iudi. ff. Insuper, si uera esset Doctorum ratio, sequeretur inter patrem, & filium militem, non fuisse iudicium, quum potuisset miles sub patria potestate, existens, manu patris, quasi manu regia, ut aiunt, compelli, quod tamen est falsum. d. l. lis nulla sequeretur etiam hodie aduentitijs, inter patrem & filium, non esse obligationem ciuilem, nec actionem, quod est falsum: ut notant Doc. in d. l. frater a fratre.

4 Vera igitur ratio est, † quamobrem inter patrem, & filium, non est obligatio ciuilis: quia lex ciuilis, his ponitur, in quibus & iniustitia, & iudicium esse potest. iudicium uero est iudicatio iusti, atque iniusti: iniustum autẽ, est lucrum, seu damnũ, plus, seu minus: iustum autem, seu æquum, inter lucrum, & damnum inter plus, & minus uersatur. 5. Ethic. Ergo inter eas personas, in quibus non potest esse iniustum, non est iudicium: quum iudicium sit iusti, & iniusti dijudicatio ut dixi. quod si non est iudicium, non est actio, quum actio sit ius persequendi in iudicio &c. & si non potest esse actio, nec erit obligatio ciuilis: quia frustra esset: lex autem, & natura nil frustra faciunt: sed inter patrem & filium non poterat esse iniustum, quia quicquid acquirebat filius patri acquirebat. Insti. per quas perso. nob. acqui. §. igitur liberi uestri. & iniustitia ad sua simpliciter esse non potest: sed filius quandiu non est separatus; est pars ipsius patris: se uerò nemo uult lædere: quapropter non est ad se ipsum iniustitia: si non est iniustitia, ergo nec lex. his enim est lex. quibus est parendi, imperandique æqualitas. Arist. 5. Ethic. si non est iniustitia, ergo nec erit lis, seu iudicium. d. l. lis nulla. si non erit iudicium, ergo nec actio, nec obligatio ciuilis, ex qua actio nascitur. frustra enim esset obligatio, sine actione. Sed quia miles, non acquirit patri, ideo poterit inter filium militem & patrem, iniustum esse ergo inter eos erit iudicium, actio, atque obligatio ciuilis. quæ etiam habet locum inter fratres. nam duo fratres sub eiusdem patris potestate, nihil proprij habebant: quicquid enim acquirebant, eorum patri acquirebant & per consequens inter eos non poterat esse iniustum: & consequenter, nec iudicium nec actio, nec obligatio ciuilis: quemadmodum nec inter patrem & filium, ut à nobis

5 dictum iam est. At de † iure naturæ, filius non acquirebat patri, sed eorum quisque propria sibi bona possidebat, & ideo alter alteri, natura obligari poterat, ad aliquid dandum, seu faciendum. hanc ob causam, inter eos obligatio naturalis nascitur. d. l. frater a fratre, & ibi Doctores.

Et licet inter patrem, & filium, non sit, nec lex, nec iustum ciuile, ut diximus, est tamen quoddam iustum quod paternum nũcupatur. 5. Ethic. sicut enim ciuitas a Rege, ita domus, a seniore gubernatur, cum ciuitas & domus ferè eodem modo reguntur, hinc aliqui dicebant, ciuitatem esse magnã domum: domum uero paruam ciuitatem, in qua pater habet imperium. l. pronunciatio. §. familia. ff. de uerb. sig. Poterat itaque pater constituere iustum, & leges in familia sua condere: quod iustum paternum, non autem ciuile, appellabatur. ut in. 5. Ethic. iustum enim ciuile non potest esse, nisi inter æquales ut supra diximus. & de hoc iusto paterno loquitur tex. in. l. serui de fur. ff. non autem de regia manu, quæ nullibi fuit, eo modo, quo intelligunt Doc. Hucusque de secunda hominum societate.

Summarium

1 Melius semper dominatur deteriori.
2 Seruus natura qui sit.
3 Seruitus contra naturam quae.
4 Omnia a lege determinata dicuntur iusta.
5 Domus, pro familia, ex quibus constat.
6 Pagus quid sit.
7 Omnis hominum causa creata.
Acquisitio naturalis quae.

X. DECLARATIO QVIS sit natura seruus, & quis contra naturam.

TErtia est societas, natura ipsa, domini & serui, utilitatis gratia constituta. nam qui potest prospicere, quid agendum seu, faciendum sit, natura imperat, ac dominatur: qui autem potest corpore hoc facere, mente autem prospicere nequit, natura paret, seruitque. quapropter, & domino, & seruo idem conducit. ita Aristo. in. 1. Polit. ex quibus uerbis liquet, serui tutem iure naturae ortam esse, id quod uidetur contra tex. in. §. seruitus. Insti. de iur. per so. ubi dicitur, seruitutem esse contra naturam. Pro solutione sciendum est, † natura ita cōstitutum esse, ut melius semper dominetur deteriori: ut patet in animo, & corpore, animus enim, ut nobilior, corpori secundum naturam imperat, & mēs appetitui dominatur. Item melius est, animalibus mansuetis, ut puta equis, mulis, asinis & similib. (quorum opus est duntaxat in corporis usu) ut homini pareant. ab eo enim salutem accipiunt, quum custodiuntur, gubernantur atque cibantur, & ita huiusmodi seruitus, est illis adiumento. Ita & in hominibus. quicunque enim distant inter se tantum quantum animus a corpore, & homo à bestia, per hunc modum se habent, idest, ut melior secundum naturam imperet, & dominetur: deterior uero pareat. quamobrem, † quorum opus consistit in corporis usu, & hoc est in eis potissimum (sunt enim ualidi ad perficienda opera corporis, impotentes uerò ad opus rationis, & ad bene consulendum) hi sunt natura serui, quibus melius est, ut imperetur ab eo, qui potest mente prospicere, corporis autē usu non ualet. & haec est una species seruitutis secundum naturam, & hi ubiq; sunt serui, etiam si per accidens dominentur: sicut uerè nobilis, ubiq; nobilis. quòd igitur secundum naturam alij serui sint, alij liberi patet, quia ita seruire, conducit seruo, & domino, atque utrique est utile. ita. Arist. 1. Polit. Alia † est seruitutis species lege, seu gentium constitutione introducta: constitutio autem gentium, consensus quidam est, per quē ea, quae bello capiuntur, illorum fieri dicuntur, qui ceperunt. & huiusmodi seruitus est contra naturam, fiunt enim serui per uiolentiam, cum qui uim patitur, fit seruus illius, qui uim affert, & potentia praecellit. plerunque enim euenit, qui nobilissimi sunt, eos per uiolentiā seruos. fieri, id quod est contra naturam. §. seruitus Insti. de iur. perso. nam omnes homines, ab hac uiolenta seruitute, liberi nascuntur. §. manumissio de liber. Insti. dicitur tamen haec seruitus iusta, propterea quod est à lege inducta † omnia enim à lege determinata, dicuntur iusta. Aristo. 5. Ethic. sicut dicitur haereditas iusta, quae ab intestato defertur, eo quòd à lege constitutum est, ad quem deferatur. l. 3. ff. pro Soc.

Quarta societas est, natura ipsa constituta, seu ordinata, quae † domus appellatur, cōstatque ex supradictis tribus societatibus. maritus enim, & uxor. patet, ac liberi, seruusque, seu bos, pro seruo hanc efficiunt societatē. domus enim familiam, non parietes hic significat. Constituta est huiusmodi societas, quotidianae consuetudinis gratia, uescuntur enim simul, ac uno cibo nutriuntur, fo cōue uno foueutur, hinc uulgò dici solet, haec ciuitas tot focos, idest tot familias habet. In hac quidem societate, omnia erāt cōmunia, si quidem ab uno seniore, idest, à patre familias, sub cuius potestate alij erant. l. pronunciatio. §. familiae de uerb. sig. omnia gubernabantur. Aristo. 1. Polit. Sequebantur deinde fratrum coniunctiones, deinceps consobrinorum, sobrinorumque, qui cum una domo, iam capi non possent, in alias domos, quasi in colonias exibant.

Deinde ex pluribus domibus, alia effecta est societas, utilitatis gratia, qui pagus appellatur. † Pagus autem est, quaedam domorum

morum collatio. cum itaque essent plures
domus. cæperunt singulæ separatim acquire
re ea, quæ erant ad uiuendum necessaria. nã
ut inquit Aristo. 1. Polit. alij separatim mul
ta habebant, hæc autem acquisitio natura-
lis est. acquirebant enim ea, quæ natura nu
triendorum hominum causa procrearat. na
tura enim nihil, neque imperfectum, neque
frustra facit: & uti bona parens, imperfectis
adhuc animalibus præparat alimenta: ut pa
tet in his, quæ ex ouis nascuntur. habent,
enim nutrimentum in ipsis ouis, quod ap-
pellatur uitellum, quo pascuntur, quo usque
sunt ouis inclusi fætus. Alia uerò animalia,
quæ ex ouis, minime oriuntur, habent in
uentriculo matris alimentum, natura ipsa
paratum, ut puta menstrua. natis uerò fæ-
tibus, & ad huc imbecillibus eadem natu-
ra præparat alimoniam, quod lac appella-
tur. Sed nec etiam perfectis natura de
7 est, quum † illorum gratia multa quibus eõ
mode uiuerent, procreauerit. Animalium
enim gratia, hærbas, plantasque gignit: ho
minum uerò causa & illas, cæteramque ani
malia, partim mansueta, partimque fera
producit. mansueta quidem, propter utili-
tatem. & cibum, fera autem, si non omnia,
at plurima illorum propter cibum, aliave
adiumenta: ut scilicet uestis, atque alia in-
strumenta, ex illis conficiantur. Varij ta
men modi alimentorum acquirendorũ re-
8 periuntur. † alij enim ex agricultura: alij ex
animalibus, quam uiuam appellant agricul
turam: ex uenatu alij: alij aucupatu: pisca
tu alij uictum quærebant: quæ acquisitio
naturalis erat: propterea quod acquirebãt
ea, quæ ad usum hominum, natura creaue-
rat. & ita, talis acquisitio, est ab ipsa natu-
ra hominibus tributa. Aristo. in. 1. Polit.
hinc tex. in. c. ius naturale, distin. 1. dicit, iu
re naturali, processisse acquisitionem eo-
rum, quæ in mari, quæ in terra capiuntur.
hæc omnia colligi possunt, ex. 1. Polit.

Summarium

1 *Liberalitas & Iustitia erant Iure natura.*
2 *Terra iure naturæ erat communis: Mobilia uero propria nu. 3.*
4 *Aqua perfluens, dicitur fluminum: quæ est communis.*
5 *Dominium est de iure naturæ hominum. §. Singulorum. Institu. de rer. diui. declaratur.*

XI. DECLARATIO AN IVRE naturæ essent omnia communia.

EX quibus patet manifestè eos erra-
re, qui aiunt, iure naturæ omnia fuis-
se communia: cum una quæque do-
mus haberet, & sibi acquireret ea, quæ erãt
ad uiuendum necessaria, ut supra dixi. Præ
terea, qui dicunt omnia mobilia fuisse com
1 munia, duas a naturali iure uirtutes, † libe-
ralitatem inquam, & iustitiam, auferunt:
quas tempore Saturni regnasse aiunt, quo
uigebant aurea sæcula. Si erant itaque om
nia communia, quo nam modo iustitia tri-
buebat ius suum cuique? quod proprium est
iustitiæ. l. iustitia. ff. de iusti. & iur. quo nam
modo etiam erat liberalitas? quæ in largiẽ
dis proprijs facultatibus uersatur, dando sci
licet, quibus oportet, & quando op[illegible]
oportet, & gratia cuius oportet. Aristo 3.
Ethic. Erat tamen eo iure liberalitas, & con
sequenter donatio, quæ est doni datio. l. se-
natus. §. donatio. de dona cau. mor. ff. & ex
mera nascitur liberalitate. l. 1. ff. de dona. &
ne decipiaris. tunc donatio est iure naturæ
quando incipiat à traditione: si uerò à pro-
missione incipiat, est de iure ciuili introdu
cta §. de pecunia constituta. Insti. de actio.
2 Erat itaque † communis terra ipsa dum-
taxat. unde illud Virgilij.

Nec signare quidem, aut partiri limite
campum.
Fas erat: In medium quærebant.

Quod dictum sic accipi oportet, non ut
existimemus, nihil omnino tunc fuisse pri-
uati: sed more poetico figuratum est. ut in-
telligamus, tam liberales fuisse homines,
ut natas sibi fruges, non includerent: nec so
li absconditis incubarent: sed pauperes ad
communionem proprij laboris admitte-
rent. Vnde illud Ouidij.

Flumina iam lactis, iam flumina necta-
ris ibant.

Quippe, cum promptuaria iustorum beni
gne paterent omnibus, ne auaritia interci-
piens beneficia diuina, famem, sitimque uul
go faceret, cum habentes non habentibus
largè,

largè,copioseq; donarent hæc ex Lactantio lib. 5.c.5.& Aristo.in.1.Polit.ait,omnia fuisse communia uirtute, idest liberalitate. idem in.1.polit. dicit,alii separatim multa habebant & tamē ibi,de iure naturæ loquitur. Adde,quòd illi primi homines Caym, & Abel, habuerunt propria,unus uidelicet oues,alter agriculturam,& qui pastor erat, obtulit sacrificium ex ouibus suis. ut legitur. 1. Gene.

Conclude igitur ex supradictis, terram
3 fuisse communem:†mobilia uerò cuiq; propria, ut etiam hodie, licet sint multa propria.multa tamen remanserunt communiá, ut hæc,aer,aqua profluens & mare, & per hoc littora maris.Insti.de rer.diui.§.& quidem.Et nota hic obiter,dū Imperator ait, aqua profluens,non esse intelligendum, de cœlo profluens, ut ibi glos. dicit.si quidem aqua profluens è cœlo, non est communis, sed eius, iu cuius solum cadit. cuius enim solum est, eius est,ad cœlum usque de seruit.l.fin.§.penul.ff.quo nam modo, est aqua illa communis,si non potest ab omnibus,eorum arbitrio capi,cū possint a domino fundi,prohiberi,ne fundum ingrediantur.§. fe
4 ræ igitur. uer.planè. Insti. de rer.diui.† Illa itaque aqua profluens. est communis, quæ in fluminibus profluit. possunt enim ex ea.omnes homines,ac etiam feræ bibere, unde illud Ouidij.

Quid prohibetis aquas: usus communis aquarum est.

At ipsum flumen, idest ipsum totum corpus aquarum,a ripa,ad ripam est publicum. ut Insti. de rerum diuis.§. flumina. & est idem flumen hodie, quod fuit ab hinc mille annis.l.pronebatur. de iudi.ff. & de hoc loquitur titulus, ne quid influ. pub.ff. Sed aqua ipsa fluens, non est eadem numero, sed alia, atque alia. d.l.proponebatur, in fin.Aristo.meteo.2.ait ignis,mare,flumen, specie, & quantitate semper idem: partes uerò non eædem. semper enim permutantur, & fluunt. Redeo itaque ad rem nostram,uerum tamen est, terram iure naturæ fuisse communem. hinc text. in.d.c.
5 † Ius naturale. distinct.1. ait, communis omnium possessio. Ordina tu uerba,possessio communis omnium, hoc est hominum: non autem possessio omnium, scilicet rerum. ibi ponitur possessio, pro agris, ut reperitur etiam apud Ciceronem in paradoxis,alijsque locis. quòd autem ille text. intelligi debeat de possessione, hoc de agris, clare patet ex inferioribus. ibi enim dicitur, restitutionem rei commodatæ, & depositæ,esse de iure naturæ si omnia erant communia, quo nam. modo erat depositum, & commodatum? dicendum est igitur, quemque habuisse mobilia propria: erant tamen communia uirtute, idest liberalitate, ut inquit ibi glos. & Aristot.2. Polit,ait. oportet enim omnino,ut res sint propriæ, sed quodam modo communes, per uirtutem, ut est in prouerbio. Amicorum communia omnia.

6 Et ex his colligitur, † dominium fuisse eo iure,quod appellatur naturale. intellige naturale hominnm, ut supra dixi, hoc ipsum clarissimè probatur in.§. singulorū. Insti.de rerum diui. ibi Imperator ait, homines nancisci dominium iure naturali, quod cum ipso genere humano natura prodidit, Apparet ergo eo iure dominium acquiri, quod simul cum hominibus ipsis natum est. quod si ita est, sequitur illud ius, fuisse id, quod naturale appellamus: nam ius illud, quod Doctores, ius gentium appellant,aliquo tempore post, ex gentium constitutione inuētum fuit. Nec moueat quempiam,quod in eodem.§.illud ius nominatur ius gentium. nam ut supra dixi, ius naturale hominum, duabus appellationibus uocari potest, uocatur enim ius naturale hominum, propterea quòd conueniens, propriumque est naturæ hominū idemque uocatur ius gentium, non quia gentes id inuenerint, est enim a natura increata constitutum: sed quia gentes eo utuntur: hoc ipsum apertè demonstrat.§. feræ, Instit. de rer. diuisi. ubi Imperator ait, omnia animalia, quæ in cœlo, mari, terraque nascuntur, iure gentium occupantis fiunt. & tamen huiusmodi acquisitio fit iure naturali. c. ius naturale. 1. distinct.l. acquiritur. §. igitur. de acquiren. rer. dom.ff.

Summarium

1 *Seruus est capax dominij.*
2 *Seruus uel filius requirens a patre uel domino, non requiruntur patri uel domino, sed sibi.*

XII. DECLARATIO AN seruus sit capax domini.

SEd dicet quispiam, si dominium iure naturali existit, quamobrem seruus nō est capax dominij? cum sit capax eorū, quæ sunt iuris naturæ: ut puta obligationis naturalis. l. si id quod. de cond. inde. ff?
1 Respondeo, † seruum esse capacē dominij, æquè ac obligationis naturalis, sed constitutione iuris gentium, qua seruitus per uiolentiam inducta est. §. seruitus. de iur. perſ. insti. constitutum fuit, ut quicquid seruus acquireret, siue dominium, siue obligationem naturalem, domino acquireret. Insti. per quas perſ. nob. ius acqui. in princ. & per quas perſo. nob. obliga. acqui. instit. Non sequitur itaque, seruus non est capax dominij, ergo dominium non est de iure naturæ. nam si hoc esset, sequeretur quod dominium, cuius iure digestorum non erat capax filius. §. igitur. Insti. per quas perſ. nob. ius acquir. non esset a iure gentium: cuius ordinatione, non potest filiusfamilias dici diminutus, ut seruus: sed ideo filius dicitur incapax dominij, quia acquirit patri. Insti. per quas perſ. nob. ius acqui. §. 1. Itidem & seruus, eo quòd acquirit domino. Insti. eod. tit. incapax dominij, obligationisque uocatur.
2 Sed aduertendum est, quòd † quando seruus a domino, & filius a patre acquirit, tūc nec domino, nec patri reacquiritur, sed acquisitum penes seruum, p. nesq; filium remanet. quod probatur in. l. frater a fratre. de condit. inde. ff. & ibi glos. & aliqui Doc. & præsertim Iason. quamobrem, si dominus donaret aliquid seruo: dominium rei donatæ esset ipsius serui, nec ad dominum reuerteretur. d. l. si id quod. & hoc modo intelligitur ille text. ubi dominus obligatur seruo, quia a domino proficiscitur obligatio; ideo ad eum non reuertitur. Si uerò aliunde, quam a domino acquirit, tunc domino illico acquirit. Insti. per quas perſ. nob. ius acqui. in princ. hanc ob causam seruus dicitur incapax dominij, quoniā nullo momento remanet penes ipsum. d. l. placet. & hoc idem est, in obligatione naturali, quæ aliunde quam a domino acquisita, domino statim acquiritur. Instit. per quas perſ. nob. ob. acquir.

Summarium

1 *Permutatio fuit de iure naturæ.*
2 *Permutatio alia de iure gentium.*
3 *Numus inuentus iure gentium, & quare.*

XIII. DECLARATIO permutationum.

ERant igitur iure naturæ res propriæ & dominia eorum, quæ ex terra, mari, cœloq; capiebantur, ut supra dictū iam est. sed constituto pago ex pluribus domibus, plerunq; eueniebat, ut alii plura quā opus esset, alij pauciora haberent: & ita unusquisq; secundum necessitatem temporū, ac rerum utilibus inutilia permutabant, ut uinum pro tritico, & huiusmodi, quæ ad uiuendum erat necessaria. id autem fiebat, prout indigentia postularet, & non ultra. indigentia enim mensurabat permutationem. ut in 5. Ethic. hoc est tantum quisque accipiebat, quanto indigebat huiusmodi ergo permutatio, quæ non ad amplificandum patrimonium, sed ad indigentiæ supplementum fit, est secundum naturam, & de iure naturali hominum.
1 Est itaque † permutatio, ut ait Aristo. 1. Polit. omnibus cœpta quidem ab initio, ex eo quod est secundum naturam, cum alij plura quam opus esset, alij pauciora haberent, quorum secundum indigentiam necesse erat permutationem fieri: quemadmodum hodie faciunt Barbarorum nationes multæ, alia pro aliis dantes, accipientesque. inutile enim sibi pro utilibus tradūt ceu uinum, pro tritico, & cæteris talibus. Inutilia autem appellat, ea quæ supererant ad uitæ necessitatem, nec poterant uendi cū non esset adhuc repertus numus, & consequenter non erat uenditio. §. precium. Instit. de empt.

emp. & uend. arg. l. manumissiones. de iusti. & iur. ff. quæ quidem permutatio secundū naturam inuenta est, & iure naturæ cœpit esse, ut colligi potest, ex. 1. Polit. Dein-
2 de alia † permutatio, ex iure gentium, id est ex ordinatione gentium, introducta est. nā cum à remotioribus quærerent uitæ auxilium, importando ea, quibus illi indigebāt; eaq; exportando quibus abundabant, necessario numi repertus est usus. non enim facile deferri poterant ea, quæ erant ad uitā necessaria, itaque ad permutationes faciendas, tale quid constituerunt gentes, inter se dare, accipereque, id quod utile existens, haberet facilem commutandi usum, ceu ferrum, argentum, & similia, primo quidem simpliciter, diffinitum quantitate, & pondere, deinde signo impressum, quo a mensura liberi essent: nam signum positum est ad
3 quantitatem demonstrandam, & ita † ex iure gentium, numus est repertus, hæc ex Aristo. i i r. Polit. unde Iureconsf. mutuatus est l. 1. ff de contrahen. emp. hanc ob rem necessarius fuit numi usus. Fuit etiam usus numi necessarius aliam ob causam: plerunq; enim eueniebat, ut unus haberet uinum, egeret autem frumento, alter uerò habens frumentum, & uinum, egebat duntaxat oleo: non poterat ergo egens frumento, ab eo id habere, quamobrem communi gentium consensu, inuentus est numus: qui quasi fideiussor, siue ex promissor dabatur habenti frumentum, ut eo intercedente, posset a quo uis alio habere oleum, quo indigebat. ea enim uirtus, communi gentium constitutione, tributa est numo, ut enim afferenti, id, quo indigeret, dari oporteret. hæc ex Aristo. in 5. Ethic. ubi etiam ait, numum mensuram omnium rerum esse.

Summarium

1 *Species acquirendi secundū naturam, & contra.*
2 *Numularij uersantur circa lucrum.*
3 *Vsura quare est contra naturam.*
5 *Argentarij qui erant: & eius officium.*
6 *Centesima usura quid sit. Et quid trientalis. num. 7.*
8 *Calendæ centesima quare ita dicantur.*

XIIII. DECLARATIO numulariorum, Argentariorum, & centesimæ usuræ.

1 Reperto itaque numo, alia † acquirendi species emersit, quæ dicitur pecuniarum acquisitiua, quæ maxime circa pecuniarum quæstum uersatur: cuius duæ sunt partes, una quæ pecuniā ad usum uitæ necessariam, ex fructibus terræ, exque animalibus, secundum naturam acquirit: natura enim necessarijs minime deficit. quam obrem acquisitio pecuniæ, pro alimentis, ē fructibus, siue ex animalibus, a natura hominum causa paratis, naturalis est, hæc sanè necessaria, laudabilisque habetur. Altera est, quæ non ex fructibus, neque ex animalibus, pecuniam, sed ab hominibus acquirit: & hæc meritò est improbanda: si quidem non secundum naturam, sed a numo ipso acquisitionem facit, uocaturque numularia. quæ iustæ passim odio habetur. utitur enim numo, non ad quod introductus est (commutationis enim causa, necessariò numus inductus fuit) sed ad pecunias, non ex fructibus, neque ex animalibus, sed per ipsarum pecuniarum commutationem
2 cumulandas: per eam † enim quærunt numularij, unde & quomodo, permutando pecunias, plurimum faciant lucrum: quamobrem uidentur numularij, circa pecuniarū quæstum uersari, considerantes, unde, & ex quibus locis, proueniat pecuniarum multitudo. hæc ex Aristot. 1. Polit. ad uerbum.
3 Sunt † itaque numularij, hisce nostris temporibus, qui uulgò dicuntur bancheri, i qua li dāno denari à cambio, per le fiere di Lione, ò altri lochi, & pigliano denari d'altri à guadagno, parte operandoli in detti cambi, & parte pagandoli à uarie persone, per commissione de patroni. De quibus omnibus, rationes olim in eorum codicibus conficiebant: ideo frequentissimè ad eorum fidem decurrebatur. De his igitur numulariis loquitur Paulus in. l. quædam. §. numularios quoque. ff de æden. ubi huiusmodi numularios, ab Aristo. depictos paucis exprimit uerbis.

Tertius modus acquirendi est, qui omni no præter naturā habetur, propterea quod non

non solum, non utitur numo ad usum à gentibus constitutum, idest ad comparanda ea. quæ sunt ad uiuendum necessaria, sed utitur eo. ad augendas in infinitum pecunias: id quod, etiam cōtra naturā efficere conatur. sola enim animantia sibi similia, natura ipsa. generant: artificiosa uerò, minime. At
4 † homo pecuniarum cupidus efficit, ut numus, qui animam non habet, nec uegetatiuam quidem, fœnus, idest fœtum procreet: fœnus autem se ipsum maius facit. in fœnore enim numus contra naturam, numum parit, meritò igitur reprobatur. quamobrem maximopere, præter naturam est. hic acquirendi modus, & consequenter usura est contra naturam. & hæc est ratio, quamobrem est reprobata. Est & alia ratio, quod pecunia data mutuo, non est amplius eius, qui dedit, sed facta est, accipientis. §.1. Insti. quib. mod. recontrah. oblig. qui igitur ex illa pecunia fructum, ueluti numos seu aliquid aliud, accipit, ex re non sua. accipit, & est perinde ac si furaretur. nam licet qui accepit mutuo. id dederit, inuitus tamen dedit, coactus scilicet necessitate. hanc ob causam seruator noster Christus dixit, mutuo dantes, nihil inde sperantes. Huiusmodi acquirendi negotio, præerant homines a ciuitate electi, qui
5 † Argentarij dicebantur. 2. Romæ tabernas in foro romano conductas. habebant. de huiusmodi tabernis intellexit Vlpianus, in. l. qui tabernas argentarias. ff. de contrah. emp. erant hæ in foro romano, ubi uersabantur, qui dabant, quique accipiebant in fœnus pecunias. Plau. in Asinaria ait, quatriduum hoc unum, modo foro operam dedi, dum reperiam, qui quæritet argentum in fœnus. Plau. in Curcul. in foro infimo boni homines, atque diuites ambulabant: ibi sunt, qui dant, quique accipiant fœnore, pone ædem Castoris. Teren. in Phor. sed transi sodes ad forum, atque illud mihi argentum rursus iube rescribi Phormio, idest per mensæ scripturam reddi, uulgò dicitur reconfirmare. Argentarij igitur. dati, acceptiq; rationes, tam ad se, quā ad alios pertinentes, suo officio conficiebant scribebāt. n. negotiationes, ultro citroq; dādi, accipiēdi, credendi, soluendique pecuniam, fœnoris causa: horum probatio, scriptura, codicibusque eorum, maxime continebatur. & de his loquitur Iurecōs. in tit. de eden. ff. Erant illi in negocijs fœneratitijs, ut hodie Notarij in alijs negotiationibus habentur. & uti horum, ita illorum codibus. fidei habebatur, ad eosque recurrebatur.

Soluebantur præterea, in huiusmodi fœneratitijs negotiationibus, usuræ centesi-
6 mæ. † centesima autem usura est, quæ sorti uno anno adæquatur, idest centum pro centinario, ita glos. in. l. 6. C. de peti. hæred. quæ maximopere aberrat. Et ut intelligas, quid sit usura centesima, scito deoitores, qui pecuniam in fœnus accipiebant, calendis cuiusque mensis, usuras soluere solitos fuisse: id quod facilè colligi potest, ex. l. lecta. ff. si cert. pet. Scito etiam, hanc appellationē, centesimus, centesima, centesimū, significare unumquemque ex centū. ita Lauren. Valla, idcirco Iurecon. existimat, militem dictū, quasi milesimum quēque. l. 1. ff. de testa. mili. quia unus ex mille eligebatur, ut dicit ibi glos. Itē decima ouis, est una ex decem, quæcunque sit. & ita unaqueque potest esse decima, uide Lau. lib. 1. c. 16. sic & centesima usura dicta est, ubi cētesimus quisque numus soluebatur? reddebant. n. debitores unum pro centinario. calendis cuiusque mēsis, ita ut uno anno duodecim numi, pro centum soluerentur. Centesimas igitur usuras, ex eo dictas existimato, quod uno quoque mense, centesimum numum, & consequenter duodenos numos singulo anno redderent. usuræ enim singulis calendis exigebantur. l. uxorem. §. item quæsitum. de lega. 3. ff. & l. qui filium, & ibi glos. in uerbo, cedere. ff. eo, quamobrem, si calendis cuiusque mensis. centum numi reddebant unum, uno quoque anno. centum reddebant duodecim. duodecim itaque numi. pro centum, toto anno, erat centesima usura. Has cētesimas usuras. Iustinianus in. l. eos. C. de usu. ita moderatus est, ut illustres soluant tertiam partem centesimæ: & ita quatuor numos pro centum pro toto an
7 no præstant. & hæc † dicitur usura trientalis. triens enim, est tertia pars duodecim. Alij uerò, qui aliquā licitam exercent negotiationem, bessem centesimam, idest octaā partem

C

partem ex duodecim soluunt. At in fœneratitijs ac traiectitijs negotiationibus, soluitur centesima usura, idest duodecim numi, pro centum uno quoque anno. glos. quidquid dicat.

Et quia huiusmodi centesimæ usuræ, soli tæ sunt calendis cuiusque mēsis solui: hinc
8 factum esse arbitror, ut † calandæ appellentur centesimæ, ex eo quòd centesimæ usuræ in illis soluerētur. l. cētesimis. de uerb. oblig. ff. haud enim adduci possum, ut credam Paulum ibi intellexisse, de centum mensibus: ut ibi aiunt scribentes: sed de proximis calendis. calendæ enim cuiusque mensis, cētesimæ, a centesimis usuris, ut dictum iam est, dicebantur? si enim de cētū mensibus loqueretur, potuisset Iurecon. breuius, ac apertius dicere, octauo, aut nono anno dari, utiliter stipulamur. at tu, quod magis arridet, id teneto. Ex supradictis apparet, argētarios magnopere differre a numularijs, ut apertè patet in. l. quædam. §. numularios. ff. eo. Patet etiam, permutationem iure naturæ ortam fuisse.

Summarium

1 *Ius gentium uti genus diuiditur? duas species.*
2 *Ius naturale non fuit inuentum à gentibus.*
3 *Quæ dicantur esse iuris naturæ. & quæ gentiū.*
4 *L. ex hoc iure. ff. de iusti. & iu. declaratur.*
5 *Liberorum successio fuit etiam iure naturæ.*

XV. DECLARATIO QVI contractus fuerint iure naturæ.

ET quoniam dictum est, iure naturæ cuique fuisse res proprias, scilicet mobiles, consequens erat, eodem iure mutuum, depositū, cōmodatumque fuisse? id quod clarè probatur in. d. c. ius naturale. 1. distin. ubi apertè dicitur, restitutionem depositi, cōmodati, præcariç, iure naturæ in ductā. Erat etiam iure naturæ donatio, quæ a traditione incipiebat, ut supra a nobis dictum iam est. Sed fortasse hoc cuipiā absurdum uideri posset, quippe cum depositū, commodatum, cæterique contractus, à iure gentium initium sumpsisse uideantur. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Pro solutione itaque præmitto, quod sicut adoptio, capitur .. ut genus, diuiditurque in duas species, quarum una est, quando adoptantur ij, qui in potestate parentum sunt: hæc species, non transit in proprium nomen; sed stat in generis nomine, uocaturque adoptio in specie. Altera autem species, est quando adoptantur ij, qui sui iuris sunt: & hæc transit in proprium nomen, uocaturque ar
1 rogatio, ut in. §. 1. Insti. de adopt. Ita † ius gentium, uti genus capi potest: diuiditurque in duas species: quarum una non transit in proprium nomen, sed stat in generis nomine, uocaturque ius gentium in specie, appellatur autem ius gentium, quia gentes illud, per rationem naturalem constituerunt, ratiociuando, discurrendoque de re una intellecta, ad aliam. §. 1. uers. quod uerò ratio. Insti. de iur. natu. gent. & ciuil. Altera est species, quæ transit in proprium
2 nomen, uocaturque † ius naturale hominū. huiusmodi autem ius, non fuit inuentum a gentibus, sed ab instinctu naturali, sine aliqua gentium constitutione. c. ius naturali. 1. distin. uocatur tamen ius gentium, eo quod gentes eo utuntur, non quia inuenerint. l. 1. §. ius naturale ff. de iusti. & iur. uers. ius gentium.

Sed ut facilè discernas ea, quæ sunt iura naturalia, ab his quæ sunt iurisgentium, ita
3 habeto. † omnia, quæ simplici intuitu intellectus sine rationis discursu bona apparēt, dicito esse iura, idest bona naturalia, uidelicet a natura increata, scilicet a Deo constituta. quisque enim facilè cognoscit simplici intellectus appulsione, colere Deum, obedire parentibus, uim atque iniuriam propulsare, malum esse fugiendum, bonum faciendum, promissaque seruare, reddere depositū, restituere rem commodatam, ut filij succedant in bonis patris, & alia huiusmodi: de quibus in. d. c. ius naturale. esse bona naturalia, & sic iura naturalia. idem enim est ius, & bonum, ut supra demonstratum est. Omnia uerò quæ simplici intellectus appulsione non appareat bona, sed per rationis discursum bona reperiuntur, dicito, esse iure gentium, idest a gentium constitutione ordinata, ut puta bella, seruitutes, emptionē, uenditionem, locationem, conductionem, terramque diuisionē, & alia huiusmodi: quæ primo

primo intuitu, non apparent bona, at si quis bene per rationem discutiet, reperiet procul dubio ea esse bona, & propterea dicuntur bona gentium, id est iura gentium, quæ gentes constituerunt.

Nec obstat d.l.ex hoc iure. quia pro eius uera intelligentia, dicito, iureconsf.in.l.1.§.1.de iusti. & iur.ff. locutum fuisse, prius de iure naturali omnium animalium. deinceps in uers.iuris gentium, loquitur de iure naturali hominum: id quod facilè apparet in.l. ueluti,&.l.ut uim ff. co. ubi ponens exempla, ait, ueluti erga Deum religio, ut parentibus,& patriæ pareamus, & uim atque iniuriam propulsemus, quæ omnia, simplici intellectus appulsione, apparent bona, quamobrem dicenda sunt naturalia hominum, non agentibus, sed à naturali instinctu. ordinata.d.c.ius naturale, ubi hæc facilè probantur. Postea in.l.manumissiones.loquitur de his, quæ per rationem, sunt a gentibus constituta, ut sunt seruitutes, quæ simplici intuitu intellectus, cum sint contra naturam. §.seruitus. de iur. perso. Insti non uidentur bona, sed per discursum rationis. repertum est illas esse bonas: ut scilicet homines, in bello capti, conseruentur. Aristo.1. Ethic. Huc usque igitur Iureconsf. loquutus est, de duabus iurisgentium speciebus. Po
4 stea. † in.l. ex hoc iure. ponit indistinctè quædam, quorum partim fuerunt introducta, ex iure gentium, in specie: ut puta, bella, regna, diuisio agrorum, ædificiorum collatiò, emptio, & uenditio, locatio, & conductio: partim uerò, ex iure naturali hominum, ueluti depositum, mutuum, commodatum, quæ sine controuersia, iure naturæ emanarunt.d.c.ius naturale.1.distin. Dū itaque dicit Iureconsf. ex hoc iure gentiū. intellige tu, ex hoc iure gentium, quod est uti genus, ut diximus, non autem ex hoc iure. gentium, quæ est species: refertur enim ad utranque speciem, de quibus supra tractauerat.arg.l. talis scriptura.ff. de leg.1.& ita declaratus ille tex.non obstat, quin depositum, commodatumue, non sint contractus, a iure naturali introducti.

Ex supradictis satis constare arbitror, iure naturæ, fuisse dominia, & aliquas res proprias, consentaneum est etiam, ex. † ex eo iure, fuisse liberorum successiones. naturale enim est, mortuis parentibus, liberos succedere. hinc Iureconsf.in.l.scripto.§.si.ff. unde lib. ait, liberos natura, simul & parentum uoto, ad parentum bona uocari. hoc idē probat tex.in.l.cum ratio.ff.de bon.dā.

Summarium

1 *Testamentum est de iure naturæ.*
2 *Ciuitas romana tria testamentorum Seuera constituit.*
3 *Comitia quæ: & comitia calata nu.4.*
5 *Testamenti calatis comitiis forma.*
6 *Testium procintum quid sit.*
7 *Et quid per æs & libram. & nu.13.*
8 *Alienationis antiquæ solemnitas.*
9 *Emancipare, est uendere. Mancipare, est emere.*
10 *Emancipatio filiorum quomodo fiebat.*
11 *Emancipatus cur dicebatur capite minutus. Emancipatus hodie non dicitur capite minutus.*
12 *filij cur dicantur manumitti l fin. C. de adopt. declaratur.*

XVI. DECLARATIO TRIVM testamentorum antiquorum, ac antiquæ emancipationis.

1 Testamentū † & iure naturæ fuisse, nō nulli affirmāt: id quod facilè admittē dum arbitror. si. n. habebāt bona. conueniens, & naturale erat, ut ea possent. eorū arbitratu. cui uellent, uel pro meritis relinquere: sentiunt hoc Doc. & præsertim Bal. in.l.ex hoc iure.ff.de iusti. & iur. solemnitates uerò.a iure ciuili esse introductas, nemo est qui neget? erat itaq; simplex dispositio, eo tēpore: id quod. facilè colligi potest. ex sacra pagina, & præsertim. dū Esayas capite trigesimo octauo, dixit, ad Ezachiā regem: dispone domui tuæ, quia morieris, & nō uiues. quod perinde est ac si dixisset, testamētum facias.§.disponat.in aut.de nup. Si.n iure naturæ, erat liberorū successio.d.c.ius naturale, quamobrē nō dicamus, etiam fuisse testamentū, cū ratio id suadeat. & licet præ dicti doct. intelligant, fuisse iuregentiū, quibus ego astipulor, nō tamē negādū est, ét iure naturæ hominū, huiusmodi testamētū rude fuisse, cum. & dominia, & res proprias eo iure fuisse, probatum sit, in quo quidē testamento,

ſtamento, duo, aut tres ſufficiebant teſtes: ſi
quidem in ore duorum, uel trium ſtat omne
uerbum. c. cum eſſes. de teſta. l. ubi numerus.
de teſti. ff. Matth. cap. deci. octauo. Dein-
2 de † ciuitas Romana, tria teſtamentorum
genera conſtituit. unum, quod calatis co-
mitijs appellabatur. alterum, quod procin-
ctum dicebatur. tertium, quod per æs & li-
brã fiebat. Inſti. de teſta. in prin.
Primum, ideo appellabatur calatis comi-
tijs, quia bonis initijs fiebat, ut gloſ. opina
tur: quæ mea quidẽ ſententia. non rectè illa
3 uerba intellexit. Tu autem dicito, † comi
tia, eſſe uniuerſi populi concionem: differre
quæ comitium, a concilio. nam ſi magiſtra
tus, non uniuerſum populum, ſed partem
aliquam adeſſe iubebat, congregatio illa,
non comitium, ſed concilium dicebatur.
Tribuni enim non poterant patritios uoca
re, ſed plebem, & ideo ea, quæ plebs ſuo ſuf
fragio rogante tribuno ſtatuebat, nõ leges,
ſed plebiſcita, hoc eſt plebis ſtatuta, uoca-
bantur. ſciſcere enim, ſtatuere eſt, unde ſci-
tum, hoc eſt ſtatutum inclinatur. Quibus
plebiſcitis, antea Patritij non tenebantur,
donec quintus Hortenſius dictator, eam le-
gem tulit, ut eo iure, quod plebs ſtatuiſſet,
omnes quirites tenerentur. & ita intelligas
uerba Impe. in §. plebiſcitum. in fi. Inſti. de
iuſti. & iur. cuius hæc ſunt uerba: ſed & ple-
biſcita, lege hortenſia lata, non minus uale
re quam leges cœperunt hoc eſt, ſicut leges
ligabant, & plebem, & patritios, ita & ple-
biſcita, quæ prius ſolam plebem coercebãt,
deinde lege ab Hortenſio lata, & plebẽ, &
patritios continere cœperunt. At ſi Magi-
ſtratus non partem aliquam, ſed uniuerſum
populum, calari, hoc eſt uocari iubebat, con
gregatio illa uniuerſi populi, comitia a cõ-
meando appellabantur: huiuſmodi autem
4 † comitia calata, a calo, quod ſonat idem
quod uoco, dicebantur. per lictorem enim,
ſeu per cornicinẽ calabantur, comitiorũ au
tem alia, erant curiata, alia centuriata. Ro-
mulus enim populum Romanum, in trigin
ta partes diuiſit, quas curias a cura appel-
lauit, propterea quod rei publicæ curam,
per eorum ſententias expediebat. l. 2. de o-
rigul. iur. ff. erant itaque Romæ triginta cu
riæ. quando igitur magiſtratus, uniuerſum
populum, alicuius rei expediendæ cauſa, ad
eſſe uolebat, comitia per lictorem, curiatim
calari, hoc eſt uocari iubebat: hanc ob cau-
ſam, appellantur calata comitia. Quicũ-
que igitur de familia ſua, hoc eſt de hære-
ditate, diſponere uolebat, ſententiam ſuam,
de eo, quod poſt mortem ſuam fieri cupie-
bat, in comitijs calatis, his uerbis declara-
5 bat. † uelitis, iubeatis Quirites, uti Lucius
ualerius poſt mortem meam iure meam fa-
miliam, id eſt hæreditatem capiat: hoc ita
ut dixi, ita uos quirites rogo. id quod, ſi po-
pulo placebat, fieri iubebat, & tunc illius te
ſtamentum, dicebatur factum calatis comi
tijs, nec opus erat, alios proprios adhibere
teſtes. Hodie uerò cũ omnis poteſtas tranſ
lata ſit, in principẽ. l. 2. §. nouiſſimè de orig.
iur. ff. ſi quis corã Principe, de hæreditate
ſua diſponat, abſque alia ſolennitate, teſtamẽ
tum. ualebit. l. omnium. C. de teſta. Pri-
mum igitur teſtamenti genus, in ciuitate
Romana, calatis comitijs, hoc eſt in uni-
uerſi populi concione, nuncupabatur.
6 Alterum † teſtamentum, procinctum di
cebatur. & hoc erat teſtamentum militare.
milites enim cum ad prælium faciendum,
in aciem uocabantur, in procinctu ipſo, po
terant abſque alia ſolennitate teſtari. dũ tã
men duo teſtes, de eius uoluntate, teſtimo-
nium dicerent. in ore enim duorũ ſtat om-
ne uerbum. c. cum eſſes. de teſta. & eiuſmo-
di teſtamenti genere, etiam hodie uti poſ-
ſent milites. l. milites in expeditione. C. de
teſta. mil.
7 Tertium genus eſt, quod † dicebatur per æs
& libram, ſcilicet per emancipationem .i.
per imaginariam quandam uenditionem.
ut inquit Imperator. Inſti. de teſta. in prin.
hoc eſt, per familiæ, id eſt hæreditatis e-
mancipationem, id eſt uenditionem, cui &
æs, & libera, adhibebatur.
Et ut hæc facilè intelligantur: ſcito olim
in Romana ciuitate, nullius rei ab aliena-
tionem fieri niſi per quandam nexus ſolen-
nitatem, potuiſſe nã. Nexus apud antiquos,
erat quædam iuris ſolẽnitas, quæ hoc mo-
8 do conficiebatur: quando † quis rem aliquã,
puta ſeruum, emancipare, id eſt uendere ali
cui uolebat, mancipare, hoc eſt emere uo-
lenti, in ea re non minus quinque teſtes ci-
ues

ues Romani, ac puberes adhibebantur.
præterea alius eiusdem conditionis qui li-
bram æneam tenebat: & hic appellabatur
libripens; is, qui seruum mancipabat, æs ma
nu tenens, ita dicebat: Hunc ego seruum,
iure quiritum, meum esse aio: isque mihi
emptus esto, hoc ære, æneaque libra: dein-
de ære percutiebat libram, illudque pretij
loco dabat ei, a quo seruum accipiebat? &
per hanc solennitatem, seruus in dominiũ
9 mancipantis, idest ementis transibat † eman
cipare enim, est uendere, seu ab alienare:
mancipare uerò, est emere, seu rem sub do-
minio accipere. Oẽs igitur res, quæ per hãc
solennitaté abalienari poterãt, hoc est, quæ
a nostro dominio in alterius dominiũ tran
sire poterant, mancipi seu mancupi dice-
bantur. sunt autem res mancupi, res nostræ
quarum dominium possumus in alium per
traditionem transferre. §. per traditionem.
Insti. de rer. diuis. res uerò nec mancupi,
dicuntur res alienæ, quæ licet a nobis uen-
di possint. l. rem de contrahen. emp. ff. tamẽ
earum dominium, non possumus in alium
transferre. l. traditio. de acquir. rer. do. ff. ex
igitur, non poterant per eiusmodi emanci-
pationem abalienari: & ideo dicebãtur nec
mancipi. De nexu, ac de mancipi, & nec mã
cipi rebus, mentionem facit Imperator in
l. unica. C. de usucap. transfor. hæc facillè
colligi possunt ex Boetio in tertio Topico
rum, & ex Gellio libro 15. cap. 27.
10 Cæterum, si † pater desiderabat, filium
suum mancipio, seu potestate liberum face
re, oportebat, ut eum per huiusmodi nexus
solennitatem, alicui, puta Gaio, uno saltem
numo emanciparet, idest uenderet: adhibi-
tis, non minus quinque testibus, ciuibus Ro
manis puberibus: præterea alio, eiusdem
conditionis, qui libram æneam tenebat, qui
appellabatur libripens. tunc Gaius, qui fi-
lium empturus erat, numum tenens, ita di-
cebat: hunc ego hominem, iure quiritum,
meum esse aio: isq; mihi emptus esto, hoc
numo, æneaque libra, deinde, numo percu-
tiebat libram, illumque dabat ei, a quo ho
minem accipiebat, quasi prætij loco.

Quo facto, homo hoc est filius ille in
imaginariam seruilem causam dicebatur de
ductus. l. qui liberos §. 1. ff. de capit. dimin. &
11 ob hanc imaginariam seruilem causam, di
cebatur capite minui. Insti. de capit. dimin.
§. minima. 2. respõ. Sed an hodie, eo quod
filij non ita emancipantur, hoc est uendun-
tur, ut olim: sed sufficit, patrem apud magi-
stratum, a manu sua dimittere. §. præterea.
uers. nostra autem. Insti. quib. mod. ius. pa.
po. sol. an inquam dicantur capite minui?
Glo. ibi dicit, etiam hodie filium à patre
manumissum capite diminui. allegat. d. §.
minima? qui profectò non probat: ibi. n.
dicitur, filium familias à patre emancipa-
tum capite diminui: non autem dicitur, fi-
lium à patre, ut fit hodie, manu, coram ma-
gistratu, dimissum capite minui. Nec ideo
dicendum est, filium capite minui, quia ef-
ficitur sui iuris, alioquin morte quoque pa-
tris, diceretur capite minui, cum mortuo
patre, sui iuris filij efficiãtur §. 1. Insti. quib.
mod. ius pa. po. sol. id quod minime fit. quã-
obrem, cessante causa, hoc est illa, imagina
ria seruili causa, cessat effectus. l. adigere. §.
quamuis. de iure patro. ff. non igitur hodie
filius, coram magistratu manumissus, capi-
te diminuitur.

Facta ea solenni emancipatione, tunc Ga-
ius coram Magistratu, eundem hominem
ita à se emptum manumittebat: ac ita ma-
numissus, efficiebatur sui iuris. Et hoc est.
quod Iureconsul. in. l. 2. de offic. procons. ait.
manumitti apud Proconsulem possunt, tam
liberi, quam serui. ubi glos. dicit, uerbum
illud manumitti, capi impropriè, quod ad
filios: nã filij inquit meãcipãtur non aũt ma
numittũtur sed errat profectò, emãcipatio
cum non fiebat coram Magistratu. quamo-
12 brẽ dicito † uerbum manumitti, propriè ibi
capi. nam liberi empti, per emancipationẽ,
ab emptore ipso manumittebantur. & hic
est ille antiquus manumissor, de quo Impe
rator Insti. de bono. poss. §. sed eas & ita in-
telliguntur uerba illa, in. §. præterea. In-
sti. quib. mod. ius. pa. po. sol. scilicet emanci
patio per imaginarias uenditiones, & inter-
cedentes manumissiones, celebrabatur. bis
enim emancipabatur, ut supra: bisque ma-
numittebatur: ultima tandem manumissio-
ne, liber remanebit. Item qui uolebat fi-
lium in adoptionem alicui dare, per huius-
modi solennitatem illum emancipabat, id-
est uen-



est uendebat: is qui adoptabat, illum emebat, deinde manumittebat: manumissusq; reuertebatur in patris potestatē. iterū pater emancipabat, iterumque manumittebatur. rursus pater emancipabat, nec amplius ab adoptāte manumittebatur, sed in eius potestate, ita emptus remanebat. ita intelliguntur uerba illa. l. fi. C. de adop. dū ait, per tres emancipationes, & duas manumissiones. Sed dicet quispiam, si ita est manumissus, quamobrem non efficitur libertus? Respōde, eum esse libertum, qui ex iuxta seu uera seruitute manumissus est. Insti. de liber. in prin. sed iste, non ex iusta, sed ex imaginaria seruitute manumissus est. d. l. qui liberos. de capit. dimi. ff. ergo &c.

Ex his facilè patere potest, quæ nā esset forma faciendi testamenti, per æs & libram
13 ea. n. talis erat, † si Lucius titius hæreditatē suam relinquere. P. Valerio desiderabat, oportebat ut eam saltē uno numo illi emāciparet, per supradictam nexus solennitatem: qua in re adhibebantur (ut dixi) non minus quinq; testes, ciues Romani, ac puberes. præterea alius eiusdē conditionis. qui librā æneā tenebat, appellatus libripens, aderat. P. Valerius, qui familiam, hoc est hæreditatem Lucij Titij empturus erat numū manu tenēs, ita dicebat. familiā Lucij Titij post eius mortē, iure Quiritū, meā esse aio: eaq; hoc numo, æneaq; libra, mihi empta esto. deinde numo percutiebat librā, eumq; dabat Lucio Titio, cuius familiā. i. hæreditatē post illius mortem accepturus erat. numus. n. ille, quasi loco pretij habebatur. & quia, non erat uerū, ac iustum pretiū, hanc ob causam, dicebatur imaginaria ueditio.

Summarium

1 *Religio erga Deum quare fuit inuenta.*
Et cum electione est iure natura hominum.
2 *Obligatio naturalis est iure natura hominum.*
Natura quid sit.
3 *Vnicuique potentia a natura constitutum est proprium obiectum.*
4 *Naturalis rationis principia.*
5 *Obligatio naturalis nascitur ex æquitate.*
6 *Obligationis naturalis diffinitio.*
7 *Seruus est capax, obligationis naturalis.*

XVII. DECLARTIO obligationis naturalis.

His itaq; obiter dictis, redeo ad rem propositam. est etiā bonum, & naturæ congruum, ut ei, à quo plurimū accepimus, plurimum tribuamus. l. sed si lege. §. consuluit. ff. de pet. hæred. cum igitur à Deo, & Patre, plurima acceperit homo beneficia (ab his enim habet. id quod est, idest, esse & bene esse) necessarium est, ut Deo & Patri plurimum quis retribuat: ut colligi potest ex 9. Ethico. sed nihil potest Deō maius reddi, quā honor. honor. n. maximum est omnium externorum bonorum. 8. Ethicor. quamobrem instituta est, iure
1 quodam naturali, † religio erga Deum, quā homines colerent Deum, ut communem parentem generis humani: qui igitur essendi, erudiendique causa existunt, honorandi, atque obseruandi sunt: 8. Ethico. eisque natura impellente obediendum est. Hinc Iureconsult. in. l. 2. de iusti. & iur. ff. inquit, ex hoc iure scilicet naturali, descendere religionem erga Deum, & ut parenti pareamus. & licet ibi appellet ius gentium, est tamen ius naturale hominum, ut supra dictum est. Religio igitur cum electione, & secundum rectam rationem, est de iure naturæ hominum. ea enim sola est, iure naturali hominum: nam homines præcipuè, ipsa religione, à belluis longe distant.

Est tamen religio quædam, naturalis, quibusdam belluis ab instinctu naturæ insita. Elephantis enim religio, solis, ac lunæ ueneratio (ut Plinius ait) natura inest. nā in Mauritaniæ saltibus, ad quendam amnē, cui nomen est Amilo, nitescente luna noua, greges eorum descēdunt, ibiq; se purificantes, solenniter, aqua circū sperguntur, atque ita salutato sidere in syluas reuertuntur.
2 Sequitur, ut de † obligatione naturali uideamus, quam affirmo esse iure naturæ hominum. Sciendum itaque est, naturam esse principium motus, & quietis, eius in quo est: cum igitur propria natura cuiusque rei, sit principium, & causa, ut res ipsa ad suum finem, seu ad id quod suæ naturæ bonum est, moueatur, utputa ignis, suapte natura mouetur, & obligatur tende re sur-

re sursum, lapis uero deorsum. Arbores etiam sua natura, quæ (ut dixi) est anima uegetatiua, mouentur, atque obligatæ sunt, suo tempore, ad producendos fructus, & ad generandas alias sibi similes. Animalia quoque ab instinctu suæ naturæ mouentur, atque impelluntur: quin etiam obligantur ad procreandum, & ad ea, quæ procreata sunt, educanda, ad aliaq; id generis. Homo autem, qui rationis est particeps, etiã a natura sua, quæ est anima rationalis, mouetur, impelliturque ad expetendum, prosequendumq; id, quod est bonum, & conueniens suæ naturæ. Est etiam sciendum,
3 † unicuique potentiæ a natura constitutum esse, proprium obiectum: siquidem obiectum potentiæ uisiuæ, est color, siue ipsum uisibile coloratum. & obiectum auditus, est sonus, qui fit ex aeris commotione constricti, inter percutiens, & percussum, sanctus Thomas in opusculo de potentijs animæ. Sed igitur potentia uidendi, est optimè disposita, similiter & coloratum, & aer sit lucidus, natura ipsa, statim quis impellitur, obligaturq; ad illud uidendum: nisi aliquid intercedat impedimenti: uel nisi oculos claudat: eodem modo, obiectum intellectus speculatiui, est uerũ & falsum, obiectũ intellectus practici, est uerũ consentaneum appetitui recto. & obiectum uoluntatis, est bonum, & malum, quorum unum prosequitur, si studiosa est: alterum uero fugit. in mente enim, est affirmatio boni, & negatio mali. in appetitu, idest in uoluntate, est persecutio illius boni, a mente, seu cogitatione, ostensi, in quo uoluntas tendit, eique inhæret. est etiam fuga illius mali à mente demonstrati, a quo uoluntas, si modo studiosa est recedit, & ita appetitus, meti idest ratio ni obtemperat. & quemadmodum, si quis carnem alicui ostenderet cani, tunc canis ille carnem sibi ostensam illico appeteret: sic uoluntas appetit, ac tendit ad bonum, sibi a mente, siue intellectu ostensum.

Itaque sicut ratio natura sua mouetur, impellitur, obligaturq; uero inuento acquiescere, falsum autem reijcere: ita & uoluntas mouetur, impelliturque, & quasi uolens, obligatur sequi, obseruareq; id, quod naturalis ratio affirmat, appetendum, obseruandumque fore. bonum enim honestumque ui propria trahit, allicitque appetitum intellectiuum, hoc est uoluntatem, ad se appetendum, obseruandumve: sicuti magnes attrahit ad se ferrum, uirtute quadam
4 occulta. Naturalis † item ratio, idest intellectus, cognoscens prima principia, idest, id quod est bonum, & æquum, ueluti bonum esse faciendum, malum uerò fugiendum, nulli sine causa nocendum, & alia huiusmodi, ea ostendit uoluntati, ad quæ naturaliter uoluntas ipsa inclinatur. Et quoniam bonum, atque æquum, semper est appetendũ, atque obseruandum, hinc fit, ut homo à natura sua obligetur facere, obseruareq; id quod bonum, & æquum est. natura enim uoluntati, quoddam uinculum filis æquitatis contextum, inijcit, quo uoluntas ferè ducitur ad faciendum, obseruandumque, id, quod bonum, atque æquum uidetur, quod quidem uinculum, obligationem naturalem
5 appellamus. quam aiunt Doct. † nasci ex æquitate, ut nor. Bar. in.l. Iulianus. de condict. indeb. ff. notant etiam alij in.l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. nam ubicunque est æquitas, etiam sine consensu, ibi nascitur obligatio naturalis. Exempli gratia, gessisti utiliter negocia mea absentis, obligor naturaliter quicquid meo nomine impendisti tibi restituere. l. 2. ff. de neg. gest. Et licet Doct. dicant, eam nasci ex consensu, non arbitror id simpliciter esse uerum, quid enim, si promittam tibi, me homicidium uel sacrilegium facturum, certè nec ciuiliter, nec naturaliter obligor. l. generaliter. cum. l. sequenti. ff. de uerbor. obliga. & tamen ibi inest consensus, cum sit pactum. l. 1. ff. de pact. dicendum est igitur, obligationem naturalem, solum nasci ex æquitate, siue, ea contineatur, consensu, siue sola reperiatur. hoc demonstrat iure consul. in. l. stichus §. naturalis. ff. de solutio. ubi ait, obligationem naturalem, solo æquitatis uinculo sustineri. nil aliud
6 est igitur † obligatio naturalis, quam uinculum quoddam æquitatis, quo a natura homo ad bonum & honestum, quasi ad suum proprium obiectum, & finem, ducitur. sed seruare ea, quæ inter homines placuerũt, est naturalis æquitas. l. 1. de pac. ff. & est.

ff.& est bonum quoddam, ad quod obseruandum, sponte sua, sine aliquo uindice, uoluntas impellitur, unde illud.

Aurea prima sata est ætas, quæ uindice nullo.

Sponte sua, sine lege, fidem, rectumque colebat.

Quicunque igitur rationis naturalis, uoluntatisq; est particeps, is huiusmodi natu-
7 ralis obligationis capax est. hinc fit, ut † seruus, licet sit alieno iuri subiectus, tamen cũ sit & ipse rationis particeps, naturaliter obligatur. d. l. si id quod. de condict. indeb. ff. quam obligationem, ortam esse, a iure naturæ hominum, quod supra dixi, appellari posse ius gentium, proculdubio affirmandũ est. Hinc remouentur ambages, dubitationesque Doctorum in. d. l. si id quod & l. ex hoc iure ubi dubitant, quomodo obligatio naturalis possit esse de iure naturali. cũ illud sit commune hominibus, cum belluis. Ex supradictis facile potest responderi, eam obligationem non esse iure naturali animalium, sed iure naturali hominum, quod & ius gentium, dici potest, ob eam rem, quia gentes eo utuntur. §. quod uerò. insti. de iur. nat. gen. & ciuil. & §. singulorũ. Insti. de ter. diuis. Est igitur seruus obligationis naturalis capax, propterea quòd, eo iure, non erat introducta seruitus. §. ius autem Insti. de iur. nat.

Summarium

1 *Seruus quo ad ius ciuile habetur pro mortuo. & quæ sit ratio nu. 4.*
2 *Societates hominum tres.*
3 *Ciues, qui.*
5 *Deportatus unde dicatur. Et quare pro mortuo habetur.*
6 *Fœmina sunt media pars ciuitatis.*
7 *Aqua & igni interdictus habetur pro mortuo. & quæ sit ratio nu. 9.*
8 *Aqua & ignis cur in nuptijs adhibebatur. Et cur exulibus interdicebatur.*
10 *Aqua & igni interdictus testamentum iure ciuili non facit.*

XVIII. DECLARATIO quare seruus, deportatus, & aqua igni interdictus habeantur pro mortuis.

1 SEd hic obiter quæritur, quare † seruus quo ad ius ciuile, pro mortuo habetur l. quod attinet. de reg. iur. ff. an propterea, quia est in domini potestate? respondetur, minime. filius enim æque est in aliena potestate. Insti. de his qui sunt sui, uel alie. iur. in princ. & tamen pro mortuo non habetur. sed dicit quispiam, olim dominis in seruos, uitæ, necisque potestatem fuisse. §. 1. Insti. eo. tit. licet hodie ea potestas sit sublata. §. sed si maior eo. tit. quid tum? Et patri olim licebat, filios occidere. l. in suis. de lib. & posthu. ff. & tamen filius pro mortuo nõ habetur. An fortasse, ob id habetur seruus pro mortuo, quia quicquid acquirit, domino acquirit ut insti. in. d. §. 1. de his qui sunt sui uel alie. iur. minime: quoniam & filius olim quicquid acquirebat, patri etiam acquirebat. §. 1. Insti. per quas pers. nob. ius ac qui. & tamen pro mortuo non habebatur. quamobrem, igitur seruus pro nihilo habetur, quo ad ius ciuile? Est itaque aduerten-
2 dum, † tres reperiri hominum societates. uidelicet generis humani. iuris gentium. & ciuitatis. & in una quaque societate, est aliquod commune, cuius socij sunt participes. Est igitur prima societas generis humani, cuius societatis, & mens & quicquid ex ea naturali instinctu nascitur, commune est. seruus itaque est in huiusmodi societate, & ob id est particeps mentis, seu intellectus. ille ergo, qui mentis, seu intellectus non est particeps, quo ad hanc societatem, pro mortuo habet, ut demens, & furiosus: seruus ergo, quo ad hanc societatem, pro mortuo non habetur. Secunda est societas, omnium gentium. in hac, communia sunt ea, quæ ratio naturalis apud omnes gẽtes constituit, ut sunt contractus quidam, & alia eiusmodi, de quibus in. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. omnes igitur, qui sunt participes contractuum, sunt capaces huiusmodi societatis. cum igitur seruus possit facere ea quæ sunt iurisgentium (potest enim emere, uendere, & multa alia facere) ergo quo ad huiusmodi

huiusmodi ius, pro mortuo non habetur.

Tertia est societas ciuilis, quæ dicitur ciuitas. ciuitas. n. est ciuiũ multitudo. itẽ ciuitas est generum, pagorumque societas, cuius finis est, bene uiuere. 1. Polit. ciues autem sunt socij unius ciuitatis. in qua dicuntur esse hi, qui sunt ciues. qui uerò non sunt ciues, quo ad hanc societatem, pro mortuis habentur. Videndum est igitur, qui sint ciues, an omnes, qui in ciuitate habitant? nõ nam & ministri essent ciues. an & hi, qui fori, iudicijque ius habent? minime, nam & aduenæ sortiuntur forum, ratione contractus. l. hæres absens. de iudi. ff. & tamen non sunt ciues: Qui tandem erunt ciues? hi pro-

3 fectò, † qui potestatis publicæ, iudicandi, decernendique sunt participes: idest, qui in comitijs, seu concilio, habent potestatem, proponendi, quod reipub. expedit, & suffragia dandi. ita Aristo. in. 3. Polit. hanc ob causam, pueri, qui non sunt huiusmodi potestatis capaces, non simpliciter dicuntur ciues,

4 sed ob spem. ut ibidem Aristo. At † seruus huiusmodi potestatis, minime est particeps: & ob id, non est ciuis. ut in. 3. Polit. ergo, sequitur, quod nec est in ciuitate, nec etiam est capax. iuris à ciuitate instituti. erit itaque extra hanc ciuilẽ societatem, & ideo quo ad eam, pro nullo habetur. d. l. quod attinet.

Deportati, loco de mortuorum habẽtur. l. 1. ff. de bono. posse. con. tab. §. fi. propterea quod non sunt amplius ciues, ut inquit Phi-

5 losophus. 3. Polit. dicuntur enim † deportati, quasi extra portam scilicet ciuitatis, dati. habentur inquam loco mortuorum, quo ad ciuilem duntaxat societatem, sunt tamen capaces eorum, quæ sunt iure gentium introducta. d. l. quod attinet ff. de reg. iur.

Sed dicet quispiam, ergo fœminæ habentur pro mortuis, cum non sint eius potesta-

6 tis capaces? Respondeo, quòd licet † fœminæ, non sint proprie ciues, quippe cum non habeant potestatem publicè iudicandi, decernendique, sunt tamen media pars ciuitatis. ciuitas enim constat, ex multitudine uirorum, ac mulierum, & Ciuitas, quæ male prouidet, circa mulieres, dimidium partis ciuitatis negligere dicitur, ita Phil. in. 2. Polit. Si igitur fœminæ, faciunt dimidiam ciuitatis partem, non sunt mortuorum loco habendæ. at serui, nec sunt ciues, ut supra demonstratum est, nec aliquam partem ciuitatis faciunt. meritò, quo ad ciuitatem, & eius ius, pro nullis habentur.

7 † Is etiam, cui aqua & igni olim interdictũ erat, pro mortuo habebatur. nam ut inquit Festus, aqua, & igni, tam interdici solet damnatis, quam accipiunt nouæ nuptæ, uidelicet, quia hæ duæ res humanam maxime uitam continent. itaque funus prosecuti redeuntes, ignem supergradiebantur, aqua aspersi, quod purgationis genus, uocabant suffitionem. Item de aqua, & igni, Lactantius libro. 2. institu. ita inquit. alterum enim quasi masculum elementũ est: alterum quasi fœmininum. alterum actiuum, alterum patibile? ideoque à ueteribus insti-

8 tutum est, ut † sacramento ignis, & aquæ, nuptiarũ fœdera sanciantur, quod fœtus animantiũ calore, & humore corporentur, atque animentur ad uitam: cum enim constet omne animal, ex anima, & corpore: materia corporis, in humore est: animæ in calore, quod ex auiũ fœtibus datur sciri, quos crassi humoris plenos, nisi opifex calor fouerit, nec humor potest corporari, nec corpus animari. Exulibus quoque ignis, & aqua, interdici solebat? adhuc enim uidebatur nefas, homines quamuis malos supplicio capitis afficere. interdicto igitur usu earum rerum, quibus hominũ uita constat, perinde habebatur, ac si esset, qui eam sententiam exceperat morte mulctatus: adeò ista duo elementa, prima sunt habita, ut nec ortum hominis, nec fine ijs, uitam crediderint posse constare. hactenus, Lactantius ad uerbum.

6 Ex his igitur patet, quamobrem † is, cui aqua, & igni, erat interdictum, mediam capitis diminutionem patiebatur. quia, ut supradictũ est, pro mortuo habebatur: & ideo prioris status, fiebat cõmutatio? prius enim erat socius ciuitatis, cum ciuis haberetur: ciuis enim est socius ciuitatis 2. Polit. nam ciuitas quædam est societas. 3. Polit. desinebat igitur esse ciuis: & sic amittebat ciuitatem. is enim ciuitatem amittere dicitur. qui ciuis esse desinit. ciuis autem desinit esse, cum à ciuium societate reijcitur. & licet ciuilẽ amittat societatem, retinet tamẽ iuris

D gentium

gentium societatem: estque capax eorum, quæ in ea ciuitate iure gentium communia sunt, ut supra dictum est de seruo, & consequenter retinet iuris gentium libertatem. hinc Imperator in.§.minor. Insti. de capit. dimi. ait, libertas uero retinetur, sed libertas ciuilis amittitur. l. cognitionum.§.fi.ff. de uar.& extraor. cog. non enim potest facere ea, quæ ciues possunt: non poterat comitijs interesse, nec erat particeps potestatis publicæ, iudicandi, decernendique in comitijs, suffragiaque dandi. Aristo.3. Polit.

10 Præterea † is, cui aqua, & igni interdictum est, testamentum de iure ciuili, ualidum facere minime potest. l. eius.§.1.ff. de testa.& ut summatim dicam, nihil eorum, quæ sunt ciuibus communia, is exercere potest, non ab re igitur Imperator, in.d.§.minor, ait. eum cui aqua & igni interdictum est, ciuitatem amittere. Et ex supradictis patet, duplicem esse libertatem: iuris gentium unam, quam is, cui aqua & igni interdictum est, retinet. ut. d.§. Minor Alteram ciuilem, quam ille amittit. d.§. fi. & meritò, cum non sit amplius ciuis.

XIX. DECLARATIO DIFfinitio obligationis naturalis, quomodo ea obligatio tollatur.

1 NVnc uidendum est, quid sit † obligatio naturalis? dicas esse uinculum æquitatis, quo uolūtas uolés astringitur, trahiturque ad faciendum, seu soluendum id, quod promissum est? diffinitio colligitur. in.l. Stichum.§. naturalis. ff. de solu. & est bono cum ex genere, & differentijs constet ut ait Bar. in.l.1.ff. de testa. constet, uinculum enim, est loco generis. nam quoddam est uinculum materiale, quodam iuris ciuilis. ut Insti. de uerb. oblig. in prin. quodam uerò æquitatis. ut in.d.§. naturalis. cum igitur hæc uinculi appellatio, plura contineat, potest dici genus? illa uerò dictio æquitatis, ponitur in diffinitione, ad differentiam uinculi materialis, & ciuilis? & dum dicitur, quo uoluntas astringitur, ponitur ad differentiam uinculi materialis, quo corpus astringitur.

2 Sed ulterius quæritur, † quo nam pacto tollatur obligatio naturalis? Respondeo, eam tolli sublata æquitate, qua sustinebatur. cessante enim causa materiali, & conseruatiua, cessat effectus. l. generaliter. C. de Episco. & cleri. cum itaque, naturalis obligatio ex æquitate generetur, per eamque conseruetur, ut supra demonstratum est: necessario sequitur, remota æquitate, eam obligationem tolli, id quod fit, uel pacto iusto, de non petendo, uel solutione. d.§. Naturalis. Et ut res exemplo non egeat, finge, me promisisse tibi librum, intellige ob aliquam iustam causam: & ita intellectus meus, cognoscens quodam naturali lumine, bonum, æquumque esse, promissa seruari. l.1.ff. de pact. & l.1.ff. de consti. pecu. ostendit uoluntati, bonum, æquumque esse id seruari: uoluntas uerò, quæ semper appetit bonum, obligatur, trahiturque ad illud faciendum: & hinc nascitur obligatio naturalis, ut supra ostensum est. At si postea promittas mihi non petere librum, intellectus statim ostendit meæ uoluntati, librū illū soluere, non esse iam æquum, ac bonum: uoluntas itaque non tendit amplius ad id faciendum, & sic ab ea obligatione naturali, qua trahebatur, est liberata. intellige, si pactum est iustum: si n. esset iniustum, ut puta, ui uel metu factum, non tolleretur illa æquitas, qua sustinebatur obligatio: idcirco Prætor, ex illa æquitate, ad huc in pacto metu facto existente, æquissimam quod metus causa exceptionem præstat. ff. per tot. de eo quod met. cau. ob id, Iureconsultus dixit obligationem naturalem tolli iusto pacto.

At è contrario, intellectus tuus cognoscit itidem bonum & æquum esse seruare quod promiseras: promiseras autem non petere, dictat igitur mens uoluntati tuæ, iniustum esse petere librum, & bonum æquumque esse non petere. quamobrem uoluntas tua appetens bonum illud, obligatur uolens naturali quodam instinctu illud seruare, hoc est amplius non petere, & sic itidē nascitur obligatio naturalis, ex pacto de non petendo. Idem dicendum est de solutione, & iuramento. d.§. naturalis. Habes itaque quomodo, & qua ratione, tollatur obligatio naturalis.

SVM-

Summarium

1 *Ius, est ordinatio ciuilis societatis,*
2 *ipso iure aliquid fieri, quid importat.*
3 *Stipulatio, quare dicatur uerborum conceptio.*
4 *Stipulatio quare ipso iure tollitur per alteram stipulationem.*
5 *Pactum quare non tollitur ipso iure per pactum de non petendo, sed eliditur.*

XX. DECLARATIO. §. PActus ne peteret. l. si unus. ff. de pact.

SEd nunc quæritur, an iure ipso tollatur obligatio naturalis? Iureconsf. in. d. l. stichum. §. naturalis ait, ipso iure obligationem naturalem tolli, per pactum de non petendo. huic occurrit tex. in. l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pact. ubi expresse dicitur, eam non tolli ipso iure, in hoc Doctores uarij, uaria dixerunt: sed eorum ambagibus omissis, paúcis illius texius intellectum accipito. Et quia omnis difficultas, consistit in uerbis Iurisconsulti, dum ait, in stipulationibus, ius continetur: in pactis factum uersatur. antequam ueniamus ad intellectum tex. uideamus quomodo in stipulationibus ius contineatur. pro cuius intelligentia est sciendum, appellationem iuris, multis modis capi. l. ius de iusti. & iur. ff. sed ad propositum nostrum, & ad multarum legum declarationem, dicas præter
1 alios modos, † ius esse ordinationem ciuilis societatis. ita expresse inquit Philos. in. 1. Polit. & hoc modo intelligitur, dum dicunt, usufructu est ius utendi, ac fruendi &c. idest ordinatio, siue constitutio quædam ciuitatis, qua constitutum est, quomodo quis possit uti, frui, re aliena ut Insti. de usufruc. in princ. & hoc etiam modo intelligas, dum dicitur, iter, est ius eundi &c. idest ordinatio seu constitutio ciuitatis, qua institutum est, quo pacto, quis possit ire, per fundum alienum? & ita intelligas, ubicunque in diffinitione ponitur ius, ut in obligatione, actioneque & huiusmodi: nec ullo alio modo rectè exponetur. nulla enim alia iuris significatio, supradictis accommodari potest. Et ita accipito, ubicun-
2 que dicitur † fieri quid ipso iure, exponas ipso iure, hoc est ipsa ordinatione, seu constitutione ciuitatis: quia ciuitas constituit id fieri, absque alicuius iudicis sententia, & partis exceptione. nil enim tam naturale est & c ff. de reg. iur. Item, iure meo facio idest mea potestate, mea auctoritate, mea ordinatione. item tuo iure, suo iure, & alia eiusdem generis. Nunc ad propositum, dum dicitur in stipulatione ius contineri, expone ius, hoc est ordinationem ciuilis societatis. nam ut alibi plenè dicetur, de iure gentium non erat stipulatio, sed longo post tempore fuit à iure ciuili, idest ab ordinatione, seu constitutione ciuilis societatis introducta. ut not. in. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. meritò igitur aiunt, in stipulatione, ius contineri. §. pactus ne peteret. ff. de pac. cum tota, stipulationis substantia, in iure, idest in ordinatione ciuilis societatis, consistat. ciuitas enim ordinauit quædam solennia uerba, quibus stipulatio conciperetur. §. 1. Insti. de uerb. obliga. oportebat enim per uerba concepta, idest composita, & ordinata, ab interrogante respondere. ut puta: si quispiam interrogasset, promittis librum, necesse erat responderi, promitto librum. si enim dixisset spondeo, nullius erat
3 momenti. d. §. 1. unde † is, qui interrogabat dicebatur concipere uerba, idest disponere & ordinare: & quia necesse erat per eadem uerba ita concepta responderi. hinc factum est, ut stipulatio appelletur uerborum conceptio. l. stipulationum aliæ. §. stipulatio. ff.
4 de uerb. oblig. Cum igitur † stipulatio sit ius, meritò altera stipulatione, ipso iure tolli potest. d. §. pactus. Sed animaduertendum est, in stipulatione contrahenda interdum uerba non scribi, sed solum a contrahentibus proferri, & illa prolatio, quæ est facti. l. consilio. ff. de cura. furio. præterit, nec tollitur per aliam stipulationem. Interdum uerba scribuntur, & itidem uerba illa, est quid facti, nec per stipulationem fieri potest ut illa tollantur. l. uerum. ff. de reg. iur. sed ex prolatione uerborum, nascitur quædam substantia, & essentia rei, quæ dicitur stipulatio, & ea est incorporalis: quia consistit in iure. ut Insti. de reb. corpo. & incorpo. §. incorporales. hæc igitur est, quæ per aliam stipulationem ipso iure

tollitur. d.§.pactus ne peteret.

5 Nunc uidendum est,quare † pactum,per alterum pactum ipso iure tolli non possit, d.§.pactus ne peteret? ratio ea reddi potest quia pactum non est institutum à ciuitate: & sic non potest dici ordinatio ciuilis societatis,& consequenter, non potest dici ius, sed totum est factum hinc fit, ut per aliud pactum non tollatur, sed elidatur, quia facta factum tollere non possunt.d.l. uerum. ff.de regu.iur.exemplum, arbor est quid facti,& ferrum itidem, ferrum autem distruere eam minime posset, sed bene incidendo adeò elidere potest, ut ex ea amplius fructus nasci nequeant ita pactum, alterum pactum tollere minime potest, cum utrunque sit facti.elidere tamen,& frangere adeò poterit,ut ab eo æquitas tollatur: qua sublata, & obligatio naturalis, necessariò tolletur, ut supra ostensum est. Collige igitur ex supradictis has conclusiones. pactum de non petendo, non tollit ipso iure,sed elidit alterum pactum: & ita intelligitur.d.§.Pactus.Item pactum ipso iure tollit naturalem obligationem: & ita intelligitur.d.§. naturalis.Item stipulatio ipso iure tollit alteram stipulationem,si id actum est,d.§.

Summarium

1 *Obligationis naturalis nomine dabatur actio. & nu 17.*

2 *Agere,& facere differunt.*

3 *Petitio in Iudicio,dicatur actio iudicialis.*

4 *Prima atas qua & aurea,quo tempore fuit.*

5 *Secunda atas tempore diluuij.*

6 *Dominia quo tempore diuisa.*

7 *Bella natura iusta, qua sint.*

8 *Bellum an sit iustum ex utraque parte.*

9 *Bellum iustum de Iure gentium institutum: secus iniustum.*

10 *Bellum rude erat de Iure natura.*

11 *Ciuitas, quid. & eius partes. Qua sunt eque necessaria.nu.3.*

12 *Republica,quid. Et est triplex.nu.3.*

15 *Dos quare fuit Instituta.*

16 *Doctor non potest expellere fabrum propter publicam utilitatem.*

18 *Obligatio sola ciuilis diffinit Institu. de obliga.*

19 *Plus & minus sunt iniusta. aquale uero iustum.*

20 *Obligatio naturalis oritur ex aquitate. ex conuentionibus?*

21 *Actio iure gentium dabatur. Qua hodie potest dici ciuilis approbatione nu.22.*

XXI. DECLARATIO AN ex obligatione naturali detur actio. Et de bello,& ciuitatibus plura.

VLterius quæritur,an nomine obligationis naturalis,aliqua competat actio?Doctores communiter dicũt, ex obligatione naturali non dari actionem,sed bene exceptionem.l. Iurisgẽtium.§ sed cum nulla.ff. de pac. Tu uerò,di

1 cas,† obligationis naturalis nomine dari actionem:ut expresse probat tex.in.l.naturales.ff.de actio.& oblig.& in.l.fideiussor.§.fideiussor.ff.de fideiuss. Pro huius quæstionis ueritate,altiusculę incipiendum est, di-

2 cas itaque,tria hæc uerba. † facere inquam agere,& operari,inter se differre. ita ut facere dicamur,quando post operationem remanet aliquòd opus: ueluti si quis ædificet domum, dicitur facere, & non agere, quia post operationem remanet domus facta, & illa operatio, dicitur factio, & non actio. Agere uerò dicimur, quando post operationem nihil operis remanet, ueluti, cum quis cantat,cytharam pulsat, loquitur,confabulatur,seu orationem habet, dicitur agere,& non facere. & ea operatio, dicitur actio, & non factio. indicat hoc in officijs Cicero, inquiens, in omni actione efficiendum est, ut appetitus rationi pareat. Operari uerò utrique commune est,nam & qui agit,itidem & qui facit, operatur hæc, colligi possunt ex.7. Ethic. &.r.Polit. Item actio in duas diuiditur partes, una fit extra iudicium, ut puta cum quis loquitur, fabulaturue,seu aliquid ab amico extra iudicium petit.huiusmodi enim operationes, actiones dicuntur extra iudiciales. & de hac,leges minime loquuntur. Altera uerò

3 pars fit in iudicio, ueluti † cum quis coram Iudice petit aliquid sibi dari,seu fieri, tunc dicitur agere in iudicio: & illa petitio, dicitur actio iudicialis,quę est ius.actio enim est ius persequendi in iudicio, quod sibi debitur. Insti. de actio.in prin.

Item

4 Item est sciendum, à† principio non fuisse ciuitates. habitabant enim homines sparsim. erant tamen domus & pagi. domus enim hic intelligitur societas secundum naturam, consistens ex marito, & uxore, ex patre, & filijs, ex domino, & seruo, & si cui seruus deerat, bos pro seruo habebatur. Pagus autem, est congregatio plurium domorum. hæc leguntur in 1. Polit. Longum igitur tempus homines in domibus, pagisq; uixerunt, in quibus nullus erat iudex, nullæque leges scriptæ. uiuebant enim natura li iure, quod illis lumen intellectus dictabat. de quo satis supra dictum est. Terra eo tempore, non erat diuisa, sed communis, ut mare, & lumina solis. mobilia tamen communia non erant. quisque enim rem suam possidebat, ut supra demonstratũ est. erant etiam inter eos commercia, conuentionesque aliquæ, ut puta, commodatum, depositum mutuum, ac permutato de re ad rem pro indigentia, ex quibus obligationes naturales nascebantur, ut supra ostentũ est. non tamen erant ciuiles obligationes, cum nulla adhuc esset constituta ciuitas. & id temporis poetæ appellarunt ætatem auream. Eo itaque tempore, licet essent obligationes naturales, nullæ tamen erant iudiciales actiones. non enim oportebat agere cum amico, coram Iudice, sed quisq; sponte sua seruabat fidem, promissaq; faciebat. Erant forsan actiones extraiudiciales, quia ab his, qui promiserant, amicè petebatur: quæ petitio, actio dici posset, cũ non sit factio. Vnde illud Ouid.

Aurea prima sata est ætas, quæ uindice nullo,
Sponte sua, sine lege fidem, rectumq; colebat.
Pœna, metusq; aberant, nec supplex turba timebat,
Iudicis ora sui, sed erant sine iudice tuti.

Et hæc ætas, durauit à tempore Adam, us-
5 que ad tempus Noe. deinde successit† alia ætas, in qua homines cœperunt fieri praui, & terra impleta est iniquitate. Gene. c. 6. propter quod, Deus induxit diluuium illud, exquo Noe. cum tribus solis filijs, eorumque uxoribus, superfuit. filij autem fuerunt, Sem, Cam, Iaphet. ex quibus septuaginta duæ familiæ propagatæ sunt. erat autem omnibus idem sermo, habitabantq; in partibus Orientis. hi postea uniuersam terrã in tres diuiserunt partes, quæ hodie appellantur, Africa, Asia, & Europa. Cam Africam, Iaphet Europam, Sem Asiam sorte accepit: ut refert Io. Philipp. de ligna. in suis cronicis. refert etiam Augusti. de ciuitate Dei. c. 3. lib. 6. terram diuisam fuisse tempore, quo natus est Phalec filius Heber, qui erat abnepos Sem, unius ex filijs Noe. Au-
6 gusti. eodem libro. c. 6. & 11. & ita † dominia terrarum distincta fuerunt, quæ ante erant communia, uti hodie est mare, & eius littora. l. quod in rerum. ff. de acqui. rer. domi. nihil enim terrarum à principio erat priuatum, sed suo quisque arbitratu, sedes, tuguriumq; ponebat, ubi ei libitum fuerat: sed eo illinc discedente, tugurioq; sublato, locus ille, in pristinum reuertebatur statum sicut hodie accidit in littore maris. d. l. quod in rerum. Sed ut dictum est, a tribus filijs Noe, fuerunt primum distincta terrarum dominia, & fines designati, erant forsalle flumina, & montes, hoc ipsum asserit Hermogenes, in. d. l. ex hoc iure, inquiens. ex hoc iure distincta sunt dominia &c. Diuisa itaque terra, à liberis Noe, antequam in diuersas partes abirent, conati sunt ædificare ingentem turrim, in campo Sanaar. dicebant enim, faciamus turrim, quæ tangat cœlum. tunc Deus omnipotens confudit eorum linguam, ita, ut alter alterum non intelligeret, & quia erant septuaginta duæ familiæ, singulæ singulæ singulas acceperunt linguas. quamobrem septuagintaduæ linguæ principes, in toto orbe reperiuntur, & non plures: ut asserit idem Ioannes Philip. Ob quam quidem linguarum confusionem locus ille appellatus est Babel: & ciuitas ibi condita, Babylon, idest confusio, nominata est. Aug. de ciuitate Dei lib. 16. c. 8. & c. 6. & tunc gentes discretæ fuerunt. hinc Hermogenes in. d. l. ex hoc iure, ait. ex hoc iure gentium discretæ sunt gentes. abietũt, itaque familiæ illæ, ita discretæ, in eum locum, qui eorum parenti sorte obuenerat, eumq; inter eos, iterum diuiserunt, limite, terminisque distinxerunt: ut asserit idem Hermogenes, inquiens. ex hoc iure gentium,

tium, agris termini positi sunt: hæc colligi possunt, ex.10.& 11.cap.gene. & ex. d.l.ex hoc iure. & ex August. in loco prædicto. Vnde Ouidius.

Communemque prius, ceu lumina solis, & ortum,
Cautus humum longo signauit limite mensor.

Discretis itaque dominijs, agrisque limite signatis, cæpit nasci insatiabilis habendi cupiditas. quisque enim tentabat alterius
7 rem occupare. Hinc introducta sunt † bella, ad propulsandam iniuriam, ac etiam ad repetendas res per iniuriam ablatas, seu ad eos coercendos, qui cum maioribus, seu Regi parere deberent: parere tamen nolebāt: quod quidem bellum, natura iustum est, ut asserit Philosophus.1.Polit.&.c.Iustum.23. q.2.23.q.2.c.dominus, dummodo denunciatum, indictumque a superioribus habentibus potestatem antea sit, cum omnis potestas a Deo sit: quæ uerò sunt a Deo, ordinata sunt: & qui potestati resistit, Dei ordinationi resistit, ut inquit Paul.c.13. ad Roma. ex quo, ut inquit Cicero.1. officiorum, intelligi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut repetendis rebus geratur, aut denunciatum ante sit, & indictum. formam autem belli inducendi, uide in Liuio.1.lib.
8 Sed quærunt Doctores, an † bellum ex utraque parte iustum dicatur? si iustum dicas: dicas, quo pacto iustè pugnabunt qui iniuriam intulerunt, qui maioribus nolunt obedire, quibus tam naturali, quam diuino iure obedire tenentur.l.ueluti.ff. de iusti. & iur. &.d.c. iustum.23. quæst.2. si uerò iniustum appellabis, ergo male Hermogenes, ait, bellum ex hoc iure introductum.d.l. ex hoc iure. Doctores uaria in eadē.l. dixerūt.

Tu uerò dicas, bellum quod sponte ex electione ac sine causa infertur, esse iniustū: introductum uerò non ex hoc iure gentiū, sed ex praua hominum uoluntate, rapere enim res alienas, inferre alijs iniuriam, nolle obedire. cui est obediēdum, iniustum est, iustitiæque repugnat, cuius officium est ius suum unicuique tribuere.l. iustitia.ff. de iusti.& iur. & in.5. Ethic. & non solum rapina, & iniuria, sunt iniustæ, sed etiam sunt uitia, quæ a nostra procedunt uoluntate, & in nostra potestate collocantur.ut.3. Ethic. At bellum, quod denunciatur, ac indicitur ad propulsandam iniuriam, ad repetendas res iniustè ablatas, coercendosque subditos, a iure gentium introductum est, naturali ratione dictante siquidem iusgentium, nil aliud est, quam constitutio gentium.§. ius autem.Insti.de iur.natu.gen.& ciuil.constituerunt enim gentes, ut qui non possent aliter res suas repetere, iniuriam propulsare, subditosque coercere, possent iustè bellum indicere: quapropter iustum dicitur, quasi iure, idest constitutione gentium indictū. Alterum uerò bellum ex constitutione gentium nequaquam introductum est, sed ex hominum prauitate: quamobrem iniustum dici, concedendum est. Ex quo facile patet,
9 † bellum iustum ex iure gentium esse introductum, & institutum: bellum uerò iniustum, non esse a iure gentium institutum, sed dicitur esse ex iure gentium, ut ita dixerim occasionaliter: propterea quod iure gētium idest gentium institutione, & ordinatione, dominia diuisa sunt, & ob id, natæ sūt rapinæ, iniuriæ, atque occupationes, & ex his, orta sunt bella iniusta, quæ geruntur ab his, qui rapinas, iniurias, atque occupationes defendunt. & ita intelligas Doctores in.l.ex hoc iure. Ex his patet, eo tempore, quo fuit bellū iustū, fuisse etiam & iniustum, sicut dicimus etiā uitia eo tēpore fuisse, quo & uirtutes, cū uirtus sit mediocritas, inter duo extrema, nimium scilicet, & parū, quæ corrumpunt bonum, & ideo dicūtur uitia. sed uirtutes a bono, uitia uerò a prauo habitu descendunt. Aristo.2.Ethic. quamobrem eo tempore quo fuit iustum, fuit etiam iniustum. Iustum.n. non cognosceretur, nisi esset iniustum: loquor autem de iusto, ac iniusto morali. sequitur itaque bellū iustum & iniustum, eodem iure, eodemque tempore extitisse, diuerso tamen modo, ut supra demonstratum est.
10 Sed quæritur, an † bellum fuerit iure naturæ antequam esset iusgentium, & ius ciuile? Respondeo, iure naturæ fuisse quandam speciem belli rudis, sine armis, sine militari disciplina sineque solenni militum delectu. pugnabant enim fustibus, & pugnis: unde pugna dicta est. pugnabant inquam ob corporis

corporis, ac rerum mobilium tutelam. quisque enim res proprias mobiles habebat. Iure etenim naturæ, id rectè faciebat. l. ut uim. ff. de iusti. & iur. & ibi not. facit. l. 1. §. cum arietes. ff. si quadru. paup. fecis. dic. & Cicero in officijs ait. principio generi animantium omni, a natura est tributum, ut sem uitam, corpusque teneatur, &c. meritò igitur Hermogenes in d. l. ex hoc iure, dicit. ex hoc iure gentium introducta sunt bella, sunt enim quædam bella a natura generi humano tributa, ut colligi potest, ex Ciceronis sermone superius adducti. quædam fuerunt ab ordinatione gentium introducta, de quibus loquitur Hermogenes.

Diuisa itaque terra, & bellis introductis, homines, ut securius, sufficientiusque uiuerent, ex pluribus pagis eodem collatis, condiderunt ciuitates. hinc Hermogenes, in d. l. ait. eo iure; ædificia esse collata.

11 † Ciuitas sanè, quædam est hominum societas. ut in. 2. Polit. quæ inter alias partes, has continet. Prima igitur pars, sunt matrimonia: ex quibus liberi homines nascuntur, sine quibus ciuitas consistere non potest: cum sit multitudo quædam ciuium. 2. Polit. Secunda pars, sunt agricolæ; a quibus alimenta parantur ciuitati. Tertia, sunt artifices: sine quibus ciuitas sufficiens non est. Quarta, est forensis multitudo, quæ circa emendum, uendendumque, ac circa mercaturam, numulariamque artem uersatur. unde fit facultas quædam, habendarum pecuniarum, tam ad proprias indigentias, quam ad bellum parandum: & hos diuites appellamus, qui facilè rei publicæ onera sustinere possunt. Quinta pars, sunt mercenarij, qui mercede conducti, opera ciuitati ciuibusque necessaria, atque utilia præstant. Sexta, sunt arma, & milites quibus homines magistratibus parere compelluntur, & uis propulsatur externa? his enim ciuitas maximopere indiget, si uelint libertatem tueri. Septima & præcipua, est cultus circa rem diuinam, quod uocant sacrificium? honor enim dijs à ciuibus est impendendus. Octaua, & summè necessaria, sunt magistratus. ciuitas enim absque magistratibus esse non potest, qui iudicijs pro utilitate, & iustitiæ contrahentium præsint. His itaque partibus, summopere indiget ciuitas, cum sit multitudo per se sufficiens, ad uitam bene degendam. si enim aliquid horum deesset, non esset utique ciuitas per se sufficiens. colliguntur hæc ex. 4. & 7. Polit. Institutores igitur ciuitatis, magnam debent adhibere diligentiam, ut ciuitas sit, ex omnibus suis partibus perfectissima, quò facilè assequantur optimum finem, quæ est fœlicitas ipsius ciuitatis. 7. Ethic. Diuus Tho. lib. 4. cap. 1. & 2. de reg. Princip. abundè ostendit, ciuitatem esse conditam, ut homines habrerent ea, quæ ad bene, sufficienterque uiuendum necessaria sunt: plurimis enim humana uita, tam ad corpus, quam ad animam necessarijs indiget, quæ nisi in ciuitate bene instituta, haberi minime possunt. omnes itaque supradictæ partes, ad optimum ciuitatis finem, dirigendæ sunt.

Sed nunc quæritur, quæ nam ex his magis sit necessaria ad ciuitatem? Respondeo. ad ciuitatis perfectionem, æquè omnes esse necessarias, sunt enim partes integrantes ipsam ciuitatem, sicut ad perfectionem domus, pariter est necessarium tectum, paries & solum. l. eum qui ædes. ff. de usucap. & si quid eorum deest, non erit perfecta domus: ita, & si qua harum deerit, non est perfecta ciuitas. Sed si quæratur, quæ nam earum magis reipublicæ intersit, prius uidendum

12 est, quid sit res publica: est igitur † res publica, eorum, qui sunt in ciuitate institutio, seu ordinatio? Vnde fit, ut mutata institutione uiuendi in ciuitate, mutetur & res publica. & licet idem populus Romanus sit hodie, qui ab hinc mille annis fuit. l. proponebatur. ff. de iudi. non tamen est eadem respublica, cum uariæ fuerint ciuitatis ordinationes, seu institutio

12 nes. ex † uarijs enim ordinationibus, uariæ reipublicæ species instituuntur. alia enim est ordinatio ciuitatis, quando ab uno ad publicam utilitatem regitur? hæc. n. species reipublicæ, dicitur regnum, & qui ita regit, Rex. qui autem contra, ad priuatam utilitatẽ regit, tyrãnus appellatur, regimẽ uerò tyrannis. Alia est ordinatio ciuitatis. quando a paucis optimis, ad publicam dirigitur utilitatem. & hæc species reipublicæ, optimatu

optimatum gubernatio nominatur. contra uerò, si ad priuatam utilitatem gubernent, paucorum potentiam appellari licet. Tertia est ordinatio ciuitatis, quando a multitudine ad publicam utilitatem gubernatur: & hæc species reipublicæ, in proprium nomen non transit, sed remanet in nomine generis, uocaturq; respublica in specie. at si ad priuatam utilitatem a multitudine gubernetur, popularis status, meritò uocatur.

Redeo nunc ad rem propositam, si igitur a
4 me quispiam petat quæ † nam ex supradictis ciuitatis partibus, reipublicæ magis inter sit. & ego itidem ab eo quæram, quænam pars magis domus intersit, tectum, an paries, an solum. ciuitas enim est quoddã totum integrum, quemadmodum & domus. & totum integrale, ex omnibus suis partibus integratur, ex quibus si una desit, non est dubium quin totum destruatur. si enim ex domo tectum dematur, non erit amplius eadem domus, sed imperfecta. non enim præstare potest eum finem, ad quem ordinata est, ut scilicet nos a pluuia, & uentis, aliisque aeris læsionibus defendat. ita sic ciuitate, una ex supradictis eius partibus tollatur, ut puta agricolæ, seu artifices, seu mercenarij, seu aliqua alia, non erit perfecta, nec sufficiens ciuitas. ciuitas enim ex pluribus pagis instituta est, sufficientiæ (ut ita dixerim) gratia. scilicet ut in ea nihil ad uitam necessarij desit, ut dicit Aristot. in 5. Polit. omnes igitur supradictæ partes, æque reipublicæ interesse uidentur.

At si dicas, si ita est, quamobrem iureconsul. in. l. 1. ff. solut. matri. dicit interesse reipublicæ, mulieres esse dotatas, & ob id multa priuilegia doti concessa sunt, nec dicit illas partes supra nominatas interesse reipublicæ? Responde, dotem non esse partem ciuitatis, nec inter partes ab Aristotele numeratur, ut supra patet. matrimonia uerò, sunt pars ciuitatis, nec tamen matrimoniis concessa sunt priuilegia. Dicito itaque, dotem non esse partem principalem ciuitatis: esse tamen matrimoniis adiumento, ueluti uni ex partibus ciuitatis. matrimo-
5 nium enim potest esse sine dote, sed † propter onera, quæ in eo occurrunt non facilè homines sine ea accipiebant uxorem: quãobrem a ciuitate constitutum est, ut darentur dotes, & mulieres dotatæ traderentur uiris in matrimonium: & ob id interest reipublicæ, mulieres esse dotatas, ne scilicet matrimonia, ueluti optima pars ciuitatis, corruerent: quemadmodum columnæ adhærentes parieti, non tamen illi connexæ: licet non sint pars domus, sunt tamen adiumento parieti. interest igitur domus, ut sint illæ columnæ, eo quòd facilius paries sustinetur.

Quærunt scribentes, in. d. l. 1. ff. solu. mat.
6 † an doctor possit expellere fabrumferrariũ uicinum, ne sit studijs suis impedimento? Et uidentur concludere, fabrum posse a Doctore repelli, cum Doctores afferant utilitatem reipublicæ, ut ibi per eos. Ego autem illorum conclusionem non admitterẽ: si quidem Doctores, non sunt pars ciuitatis, ut patet supra, ex ipsarum partium numeratione. Artifices uerò sunt pars, sine quibus non esset sufficiens ciuitas, nec in ea bene uiueretur, sine doctoribus autem ciuitas posset esse: magistratus enim qui sunt pars ciuitatis, possent constitui ex alijs ciuibus nõ literatis. in multis enim ciuitatibus, sunt Magistratus, ubi non sunt doctores. illiterati enim possunt gerere magistratũ, not. in. l. certi iuris. C. de iudi. magis itaque interest rei publicæ, ut in ea sint artifices quam Doctores.

Iam ad quæstionem supra positam, a qua paulo lõgè digressi sumus reuertamur: quæ-
7 stio autem erat, an † naturalis obligationis nomine, detur actio iudicialis? In qua sic distinguendum est: aut enim quæris, utrum eo tempore, quo nondum erat ius gentium neque ciuitates conditæ, sed solo naturali iure uiuebatur, quod tempus, poetæ appellant auream ætatem, utrum inquam esset actio iudicialis, ex obligatione naturali, & sine controuersia, respondendum est, nequaquam fuisse eo tempore huiusmodi actionem? si enim non erat ciuitas, non erat magistratus, neque iudex, & consequenter neque iudicium. non erat igitur actio iudicialis, cum ea nil aliud sit, quam ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur. Insti. de actio. in pin. sine. actione igitur, homine seruabant promissa. iuxta Ouidij uersus.

Aut quæ-

Aut quæris, an inuento iuregentium, & cõditis ciuitatibus, cum suis partibus, competeret actio iudicialis ex naturali obligatione, & in hoc uertitur quæstio. scribentes opinantur obligationem naturalem, non parere actionem, sed exceptionem. l. iurisgentium. §. cum nulla. ff. de pact. & l. naturales, de actio. & obligatio. l. fideiussor. §. fideiussor. ff. de fideiuss. Tu uerò dicas, naturalis obligationis nomine, constituto iuregentium, actionem competere: id quod aperte probatur, in. l. cum amplius. §. is natura debet. ff. de regu. iur. ubi, Iureconsul. ait, is natura debet, quem iuregentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. construe tn ea uerba, hoc modo is natura debet. mox sumito illa uerba, cuius fidem secuti sumus. erit igitur perfecta oratio, is natura debet, cuius fidem secuti sumus. capias deinde uerba illa, quem iuregentium dare oportet, eum igitur qui natura debet, dare oportet. si oportet dare, poterit cogi: cogetur enim à magistratu, seu à iudice. si igitur potest cogi ad dandum, per consequẽs potest ab eo peti. nemine enim petente, non esset quispiam cogendus. si potest ab eo peti qui natura debet, necessariò sequitur, ex obligatione naturali cõpetere actionem. illa enim petitio coram iudice, est iudicialis actio. qui enim petit aliquid, operatur: si operatur, aliqua est illius operatio. illa igitur operatio, aut est actio, aut factio, in casu nostro, factio non est. cum factio est illa operatio, ex qua remanet aliquod factum, cessante operatione: ut puta operatio, ædificatoris, est factio, quia ex ea remanent ædes. illa uerò operatio, ex qua nullum remanet opus, est actio, non autem factio. ut colligitur ex. 1. Polit. de quo supra satis dictum est. quicunque igitur aliquid coram magistratu petit, agit profecto, & illa petitio, est actio. Patet igitur ex his clarè probari in. d. § is natura debet, ex naturali obligatione, competere actionem, hoc idem sine controuersia dicit Vlpianus in d. l. naturales. & Iurecon. in. d. §. fideiussor. ubi inquiunt naturales obligationes, non eo solo existimantur, si actio aliqua earum nomine competat, uerum etiam si soluta pecunia repeti non possit. hoc ipsum illa uerba, si actio competat ostendũt.

Pro clariori huius quæstionis ueritate,
18 sciendum est, quemadmodum † obligatio ciuilis, est iuris uinculum. Insti. de obliga. ibi. n. ciuilem obligationem, uti genus diffinit. ex eo patet, quòd dicit iuris uinculũ. cum enim dicimus simpliciter ius, intelligitur ius ciuiũ Romanorum, sicut cum dicimus Poetam: intelligitur Virgilius. §. sed ius quidẽ. Insti. de iur. na. gen. & ciuil. Arist. 5. Ethic. diffinitur igitur ibi, uel ciuilis sola, ut puta literarum obligatio à iure ciuili inuecta: uel ea, quæ approbatione ciuilis est. naturalis enim iure ciuili approbata, dicitur ciuilis Insti. de obligat. §. 1. ius enim ciuile, naturali uinculo, hoc est æquitatis uinculo, ciuile addit uinculum, quo secundum leges, reus astringitur, & hæc uti potentior diffinitur Insti. de obliga. in prin. & ita is. qui debet, & naturali & ciuili tenetur uinculo. quod, si fiat pactum de non petendo, à naturali liberatur. l. Stichum. §. natura lis. ff. de solutio. Quemadmodum is, qui cũ iuramento promittit, & ciuili & diuino ligatur uinculo, sed absolutus à iuramento, liberatur à diuino & tamen erat duntaxat una promissio. ita naturalis obligatio, cui ius ciuile approbando dat nouam formam, hoc est, ut reus astringatur & soluat secundum iura Romanæ ciuitatis, id quod naturalis non habebat: non enim secundum ius Romanorum, sed secundum ius gentium, ea astringingimur: & ob hanc nouam formam appellatur ciuilis, & secundum illam formam, quæ dat nouum quoddam esse, diffinitur. Insti. de oblig.

Præterea Imperator ibi diffinit obligationẽ, quæ non habet uim, & effectum extra Romanorum iurisdictionẽ: quod ostendunt illa uerba, in diffinitione posita, uidelicet secundum iura nostræ ciuitatis, quippe cũ iura Romanæ ciuitatis, non habent uim extra Romanorũ iurisdictionem. arg. l. fi. ff. de iurisd. om. iu. sed naturalis oligatio, quã naturalis ratio & æquitas producit, habet uim & effectum apud omnes gentes, cum ratio naturalis uti causa efficiẽs, apud omnes gentes idẽ constituat. §. quod uerò. Insti. de iur. nat. gẽ. & ciuil. nõ igitur ibi diffinitur naturalis obligatio: sed sola ciuilis, a ciuitate

B Roma-

Romana introducta. Et licet glos. & Doctores ibi utranque diffiniti existiment, propterea quod nec ex ciuili sola, nec ex naturali sola, porest nasci actio, sed ex ciuili uti patre, & ex naturali uti matre, aiunt nasci actionem, & ibi diffinitur ea obligatio, ex qua nascitur actio, cum dicatur necessitate astringimur, & sine actione ad rem soluendam non astringimur: ad hoc respondebitur infra, dum tractabitur de ortu actionis hæc obiter dicta sunt. Ita etiam obligatio naturalis est uinculum æquitatis, eoque sustinetur. l. stichum. §. naturalis. ff. de solutio. quocirca ignorandum non est, in quo consistat ipsa æquitas: dicito itaque quemadmodum in re diuisibili, inueniuntur duo extrema, & medium, quod ab utroque extremorum æquè distar, & ob id ipsum medium æquale, appellari licet. ita in com-
19 mercijs, & in contractibus, sunt † duo extrema, inter quæ etiam est medium? extrema sunt plus, & minus seu lucrum, & damnum? medium uerò est æquum, seu iustum. extrema sunt iniusta & iniqua, ex quibus nascitur iniustitia, & iniquitas: ex medio autem quod ut dixi est iustum & æquum, nascitur æquitas, æquitas igitur consistit in medio, idest inter lucrum & damnum. Et ne res exemplis egeat, finge Petrum habere centum in patrimonio, totidemque & Titium, deinde eos ita, conuenisse, uidelicet ut Petrus traderet Titio fundum ualentem uiginti, Titius uerò pro eo fundo ueluti pretium promitteret decem. si Petrus acceptis duntaxat decem, traderet fundum. haberet in patrimonio solum nonaginta, & sic esset in damno: Titius uerò haberet centum & decem computato fundo, & ita in lucro existeret. nasceretur igitur ex ea conuentione, inter eos manifesta iniquitas, cum lucrum & damnum sit iniquum, ut dictum est. At si Petrus, acceptis uiginti, traderet fundum, uterq; (facta permutatione) haberet itidem in patrimonio centum, & sic ex ea conuentione inter eos esset æquitas: cũ neuter, neq; plus, neq; minus, in patrimonio habeat, quã in principio ante conuentionẽ habebat: & ita uterq; dicitur habere suum: cũ neq; damnum neq; lucrũ sentiat. est igitur in ea conuentione æquitas, ut demonstratũ est, ex qua nascitur obligatio naturalis, ut dictum est supra in. d. l. Stichum. §. naturalis ex qua nascitur actio. d. l. naturales. ff. de actio. & oblig. & . d. §. fideiussor. & ideo qui ita promisit iuregentium dare oportet. d. l. cum amplius. § is natura debet: supradicta autem æquitas dicitur realis; quia reducit res ad naturalem quandam æqualitatẽ, hoc est ad medium inter lucrum & damnum. Et hæc colliguntur ex Aristo. in 5. Ethic.
20 Ex tali igitur † naturali æquitate, nascitur obligatio naturalis. d. l. Stichum. §. naturalis. ex eaq; semper competit actio. d. l. naturales. & . d. §. fideiussor intellige, iuuento iure gentium. d. §. is natura debet. nam iuregentium non nascebatur aliqua obligatio, inter contrahentes, nisi naturalis, nec poterat esse obligatio ciuilis, cum nõ dum esset ius ciuile: effectus enim sine causa esse non potest. l. manumissiones. de iusti. & iur. ff. si enim eo tempore, non erat ius ciuile, quæ est causa, non poterat esse obligatio ciuilis, qui est effectus. At ius gentium, multo uetustius est iure ciuili. illud enim cum ipso genere humano, rerum natura prodidit. ius autem ciuilè, longo post tempore esse cœpit. §. singulorum. Insti. de rer. diuis. & tamen ex iuregentium priusquam esset ius ciuile, erant ferè omnes contractus. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. & Aristo. 1. Polit. Si igitur diceres ex obligatione naturali nõ competere actionem, sequeretur maxima iniquitas. pone enim, priusquam esset ius ciuile. Petrum uendidisse fundum, Titio centum, illumq; tradidisse: Titius accepto fundo esset obligatus naturaliter ad dandũ pretium: & tamen si ex ea obligatione, ipsi Petro, actio ex uendito ad pretium non competeret, maxima esset iniquitas. Titius enim esset in magno lucro. Petrus uerò magno in damno. Vt igitur res ad æquali-
21 tatem reducerentur, † gentes constituerũt, ex ea obligatione competere actionem, Titiumq; emptorem oportere pretium dare d. §. is natura debet. Itidem dicendum est in locato, & conducto. si enim locassem tibi fundum decem, pateretque te illo uti, tu uerò nolles dare mercedem, esset itidem iniquitas, quòd ego in damno, tu uero in lucro esses. Itidem & in commodato

modato, & deposito dicendum est. si enim commodassem tibi equum, uel deposuissem apud te uestem, ex eo commodato, ac deposito, naturalis obligatio nascebatur, qua tu tenebaris commodatam rem ac depositam restituere, quam si uoluisses restituere, erat maxima iniquitas, quia ego in damno, tu uero in lucro eras. ad tollendã igitur eiusmodi iniquitatem, iure gentium ex ea naturali obligatione, actio ex commodato, & deposito competebat. Et idem est in alijs conuentionibus, quæ transeunt in proprium nomen contractus, ut sunt supradicti, & similes, & in his contractibus procedit quod dicitur in. l. iurisgentium in prin. ff. de pact. Sed si conuentio in aliũ contractum non transit, subsit tamen causa. i. datio: ut puta dedi tibi librum, ut dares mihi uestem. si non dares uestem, tu esses in lucro, eo quòd accepisti librum meum, ego uerò in damno, & ita esset iniustum & iniquũ, quod quidem recta naturalis ratio non admittit, quæ semper inuitat ad res honestas, & optimas. Aristo. 1. Ethic. es igitur natura ipsa obligatus ad dandam uestem, quocirca mihi iuregentium actio in te competit, qua oportet te, quod promiseras, dare. d. §. is natura debet. Et licet text. in. l. iu-
22 risgentium. §. sed & si dicat, † ex tali conuentione nasci ciuilem obligationem. id eò fit, quòd ius ciuile approbauit, confirmauitque tales conuentiones. l. legitima. ff. de pact. &. §. 1. Insti. de oblig. nascitur tamen & naturalis obligatio, ita ut ex ea competat actio. d. l. naturales. ff. de actio. & obliga. &. d. §. fideiussor. quæ naturalis obligatio, potest dici ciuilis, eo quòd ciuitates illa utantur, quemadmodum ius naturale, appellatur ius gentium, eo quòd gẽtes illo utuntur. § singulorum. Insti. de rer. diuis. hoc etiam apertè ostendit Aristot. 5. Ethic. ubi iustum ciuile, tanquam genus, diuidit in naturale iustum, & positiuum seu legitimum. iustum itaque naturale, dicitur ciuile, quod ciues, ut illo utuntur. iustum igitur naturale, est species iusti ciuilis: quemadmodum homo, uti species animalis dicitur animal: ita & iustum naturale, appellari potest ius ciuile, uti eius species. Est igitur ius ciuile duplex unum, quod ciuitates seu ciues approbant, eoque utuntur, non tamen constituerunt: hoc autem est ius naturale, & gentium. Alterum, quod ciuitates constituunt, & eo utuntur; ut. §. ius ciuile. Insti. de iur. natu. gent. & ciuil. Et quemadmodum ius naturale appellatur ciuile, ita consequenter obligatio naturalis, appellatur ciuilis. d. §. 1. Ex omnibus supradictis conuentionibus, ubi potest esse æquitas & iniquitas, ne alter contrahentium sit in lucro, alter uerò in damno, nascebatur olim priusquam esset ius ciuile, & etiam hodie nascitur obligatio naturalis, cuius nomine competit actio contra eũ, qui esset in lucro, ut iniquitas ad æqualitatem redigatur. iudex enim tanquam iustũ uiuum, contrahentes ad æqualitatem reducit. Aristo. 1. Ethic.

Summarium

1 *Actio nascitur ex contractus implexione.*
2 *Actio competit ad tollendum iniquitatem.*
3 *Differentia inter contractus nominatos, & innominatos.*
4 *Obligatio non infert necessario actionem.*
5 *Vbi non potest esse controuersia, ibi nec actio iudicialis.*
6 *Iniquitas est causa proxima actionis iurisgentium obligatio uero remota.*
7 *Actiones mere ciuiles ex obligatione ciuili nascuntur.*

XXII. DECLARATIO, quando nascatur actio ex contractibus.

Animaduertendum est, non eò nasci actionẽ, quod conuentiones transeunt in propriũ nomen cõtractus, ut aiunt. si enim uendam tibi fundum centũ, tu emas eundem à me centum huiusmodi, conuentio, transit in proprium nomen contractus, & apppellatur emptio & uenditio: tamen † si non tradidero tibi fundum,
1 non competit mihi actio ex uenditio, ad pretium: ẽ contrario, si tu non dederis mihi pretium, non competit tibi actio ex empto ad fundum. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt. & uend. Item si loco tibi fundum decem, tu itidem conducas eundem à me decem,

decem, huiusmodi inter nos conuentio transit in proprium nomen, & uocatur locatio,& conductio: & tamen nisi patiar te uti fundo,non competet mihi actio ad mercedem.d.§.offerri. ubi Iureconsul. ait. offerri pretium uenditori ab emptore debet, cum ex empto agitur. si offerri debet,igitur necesse est: uerbum enim debet,demonstrat necessitatem. subdit deinde. & ideo si partem pretij offerat, nondum ex empto actio est ad rem. si non dum est, non est igitur nata. Verbum enim sum es, est,designat essentiam, unde illud,forma dat esse rei, ut inquiunt Philosophi. & .l. Iulianus.§. si quis. ad exhib.ff. Doctores tamen dicunt,natam esse etiam ante oblatum pretium ex empto actionem. & dum in.d. §.offerri dicitur, non dum ex empto actio est suppleri aiunt oportere, si opponatur. uolunt itaque competere emptori actionē ex empto, ad rem ipsam acquirendam, etiam si non offerat pretium, poterit tamen repelli a uenditore ope exceptionis. Sed dicant obsecro, quo nam modo potest actio ex empto competere, si nondum est. d.§. offerri. quod enim non est, nulli competere potest. Nunquam igitur actio alicui ex aliquo contractu datur priusquam fecerit, uel dederit, quod ab eo faciendū dandum ue est: quo facto, uel dato, ideo competit actio, quia si non competeret sequeretur iniquitas, propterea quòd, is, qui dedit, esset in damno, qui uerò accepit esset in lucro, ut dictum est. ad † remo-
2 uendam igitur hanc iniquitatem competit actio aduersus eum, quem dare, aut tradere, aut facere ex conuentione oportet. Nec obstat, si dicatur, si ita est, in quo differunt contractus nominati ab innominatis, cum ex innominatis non detur actio, nisi ab alterutra parte, impleantur. Differunt sanè,eo † quod in contractibus inno-
3 minatis respectiuis, licet ei qui dedit pœnitere.l. si pecuniam in prin.ff. de condic. cau. da. in contractibus uerò nominatis, minime l. sicut.C.de actio. & obliga. Non enim lex iurisgentium dicit conuentiones, quæ transeunt in proprium nomen contractus, pariunt actionem: sed ait,conuentiones, quæ pariunt actionem, transeunt in proprium nomen. Item in conuentionibus nominatis, obligatio contrahitur solo consensu, etiam si nihil detur, ut in emptione, uenditione, locatione,conductione,& alijs. Insti.de obliga.quæ ex consen. contrah. actio autem ex iis non competit, immo nec est. antequam res tradatur; uel offeratur pretium.d.§.offerri. uel alio modo contractus ab alterutra parte impleatur. In conuentionibus, seu contractibus innominatis, non nascitur obligatio nisi re tradita, uel data,res enim tradita in innominatis, initium obligationi præbet.l.1. ff.de rer. permu. Et licet aliqui contractus nominati re contrahantur, ut mutuum,cōmodatum depositum, ex quibus non nascitur obligatio, nisi re data; uel tradita; uel deposita: differunt tamen hi ab innominatis, quòd in his non habet locum pœnitentia.d.l.sicut. in illis uerò sic d.l. si pecuniā. Et si diceres, ex contractibus quibusdā nominatis, nascitur obligatio solo consensu,ante rei traditionem. Insti.de oblig. quæ ex cōsen.contrah.&.d.l.1.ff.de rer.permu. si nascitur obligatio, quæ est causa effectrix,nascetur & actio, qui est effectus.
4 Respondeo, non sequitur; † est causa efficiens, ergo statim est effectus. non enim si est ædificator, statim est domus. nec si fœmina est, statim est partus: si quidem ædificator, requirit materiam, ut ædificet: & fœmina requirit matrem, ut concipiat & pariat. Ita obligatio requirit dationem, uel traditionem, uel factionem, ut concipiat & pariat actionem. d.§.offerri. contrahentes enim cum controuersiam habent ad iudicem ipsum refugiunt,tanquam ad iustum uiuum, ab eoque petunt; ut sibi detur, fiat ue, quod sibi dari, fieri ue oportet. At ex nuda conuentione, nulla potest oriri controuersia. si enim uendo tibi equum centum, & non tradiderò, non possum conqueri de te si pretium non
5 das: si † non possum conqueri, inter me & te nulla est controuersia: si non est controuersia, non eo ad iudicem: si non eo ad iudicem, non peto aliquid coram iudice: si non peto quicquam coram iudice, non est actio iudicialis. actio enim quid aliud est, quam petitio quædam coram iudice: quæ tunc

tunc oritur, quando inter contrahentes nascitur controuersia, propter quam iter ad iudicem. nascitur autem controuersia, cum alter contrahentium est in damno, alter uerò in lucro, conqueritur enim is, qui dedit, aut fecit, propterea quia est in damno: qui autem accepit, est in lucro, & sic est iniquum, & iniquitas. quocirca recurrit ad iustum uiuum, hoc est ad iudicem, coramque eo petit, ut res reducatur ad æqualitatem, hoc est ad medium quoddam? æquum enim est medium inter plus, & minus; & inter lucrum & damnum. 5. Ethic. petit igitur is qui uendidit, tradiditque equum, & ita est in damno, ut cogatur emptor, qui est in lucro, ad dandum sibi pretium, & ita neuter erit in damno, & inter eos erit iustum & æquum: id circo reducta re, ad æqualitatem per iudicem, nulla pars conqueri potest, supradicta autẽ colliguntur ex Aristo. 5. Ethic. qua ex re satis constat, actionem non competere, nisi postquam est controuersia: non est autem controuersia, nisi alterutra pars dederit, aut tradiderit, aut fecerit: altera uerò nihil retribuit. Concludo igitur, non nasci actionem ex obligatione, ante dationem, uel traditionem, uel factionem. d. §. offerri? & sic nec ex ciuili, nec naturali, nec ex utraque nascitur.

Glos. & Doct. Insti. de obliga. fatentur actionem non nasci nec ex sola ciuili, nec ex sola naturali: sed ex ciuili, uti patre, & ex naturali uti matre simul: & sic utranque obligationem aiunt ibi diffiniri, ut supra te-
6 tigimus. Tu uerò dicas † actionem ex æquitate, hoc est ut tollatur iniquitas, uti ex causa propinqua nasci, ut paulo ante demonstratum est: & ex obligatione, siue ciuili, siue naturali sola, siue utraque simul, ueluti ex causa remota? quemaumodum enim, sol & homo generant hominem: homo, ut causa propinqua, immediataque, sol uerò, ut remota: sic obligatio & æquitas generant actionem, æquitas tamen ut princeps. nam altero ex contrahentibus dante, aut faciente, quod promiserat, & sic adimpleuit ex parte sua, altero uerò negante, dare aut facere quod conuenit, nascitur inquitas: propterea quod is, qui adimpleuit, est in damno, alter uerò est in lucro. ut igitur illa iniquitas tollatur, competit actio ei, qui adimpleuit, qua petit à iudice, tanquam à iusto uiuo, ut compellat alteram partem ad dandum, seu faciendum, quod promiserat: ita ut iniquitas illa reducatur ad æqualitatem, hæc autem est propinqua causa, quamobrẽ detur actio. Item si gessi utiliter negotiũ tuum, in quo ex bonis meis aliquid impendi, si tu nõ redderes quod impendi, tu esses in lucro, & ego in damno, & hic esset iniquitas. qua de re, ut ea reducatur ad æqualitatem, competit mihi negociorum gestorum actio, tot. tit. ff. de nego. gest. Item si furtim, uel ui, mihi aliquid abstuleris, tu esses in lucro, ego autem in damno, & sic est iniquitas, ob id competit mihi condictio furtiua, & ui bonorum raptorum, qua, peto a iudice, ut iniquitas illa, ad æqualitatem reducatur. causa itaque propinqua actionis est, ut æquitas seruetur. ueruntamẽ nisi is a quo petitur, esset obligatus, non posset a iudice compelli: hanc ob causam requiritur etiam obligatio, uti causa remota, ad producendam actionem. Vbicunque itaque dicitur actionem nasci ex obligatione, intelligitur ex causa remota: re uera nascitur, ut æquitas seruetur, & iniquitas tollatur, scilicet realis. Et ista procedunt in actionibus, quæ dicuntur iurisgentiũ, quæ fuerũt antequã ius ciuile existeret.

Sunt tamen quædam actiones merè ciuiles, ut ea quæ est ex obligatione literarum, & eiusmodi, quæ iure gentium cum ad huc non essent obligationes meræ ciuiles notæ
7 nequaquam erant. hæ igitur † actiones nascuntur, interdum ex sola obligatione, ut patet in literarum obligatione, ex qua datur actio, ad pecuniam repetendam, post biennium, & tamen is, qui repetit, non numerauit & sic non est in damno, & is a quo repetitur, non est in lucro, cum eam non acceperit. nascitur igitur illa condictio ex sola obligatione ciuili, cum nulla subsit realis æquitas, ob quam illa detur subest tamen æquitas quædam legalis, ut scilicet pareamus legibus, & patriæ legum effectrici. l. ueluti. ff. de iusti. & iur. Nascitur itaque actio ciuilis ex obligatione ciuili, & ex æquitate legali. Concludo igitur actionem, iuregentium introductam, de qua supra dictum est, nasci ex æquitate reali, uti causa propinqua, &

qua, & ex obligatione iurisgentium, ut ex causa remota, quæ etiam ciuilis dici potest, cum iure ciuili approbata sit. §. ciuiles. Insti. de oblig. actionem uerò ciuilem ex obligatione ciuili, atque legali æquitate oriri.

Summarium

XXIII. DECLARATIO, AN ex pacto nudo detur actio. Et quod dicitur nudum, uel uestitum.

Est præterea alia æquitas, quæ dicitur rationalis, quæ nascitur ex æquo rationali. æquum † autem rationale,
1 est bonum quoddam consentaneum, & rectæ rationi adequatum, unde nascitur æquitas rationalis. Sed ne res exemplis egeat, ita ostendam: unicuique potentiæ, propriū obiectum, natura tribuit. obiectum enim potentiæ auditus, est sonus: potentiæ olfactus, est odor: potentiæ uisiuæ, est coloratum: obiectum uerò uoluntatis, est bonum & æquum. quemadmodum igitur, si quis obijceret aliquid bene coloratum potentiæ uisiuæ, bene dispositæ, in medio proportionato, potentia ipsa uisiue obligatur, natura ipsa, recipere illud obiectum, si uerò oculi seu potentia uisiua, non sit bene disposita uel sit in medio impedito, ut puta in aere obscuro, non percipiet obiectum, idest coloratum illud Item si recta ratio, ostendat aliquid uoluntati, quod affirmet esse bonum & æquū, statim ipsa uoluntas, si recta est, sponte obligatur ad illud bonum persequendum: & hu
2 iusmodi † obligatio appellatur naturalis, propterea quod nascitur ex æquitate rationis, quæ ratio est natura ipsius hominis, ut inquiunt morales, & semper inuitat ad res honestas. qui ergo facit, id quod recta ratio dictat, ad æquat se rationi rectæ, & hæc est æquitas rationalis.

Quamobrem si quispiam, ut puta Petrus, promittat uestem Titio simpliciter, & sine causa: recta ratio Petri, ostendit rectæ uoluntati ipsius Petri, bonum & æquum esse seruare, id quod promissum est. l. 1. ff. de pact. recta itaque uoluntas, ueluti naturæ uinculo obligata, illud seruabit, dabitque uestem Titio, sponte tamen sua. At si Petri uoluntas sit praua, non persequetur illud, quod recta ratio dictat, esse bonum, & sic auaritiæ uinculo impedita, non dabit uestem promissum Titio.

Sed hic quæritur, an Titio, ex illa obligatione naturall, contra ipsum Petrum, ad uestem, detur actio. Respondeo, minime. eiusmodi enim obligatio ad pariendā actionem, inefficax est, propterea quod promissio fuit sine causa, & sic nuda: ita dicit glos. & Doc. in. l. iurisgentium. §. cum nulla. ff. de
3 pact. Tu uerò dicas, ideo † ex ea, actionem non nasci, quia sequeretur iniustum & iniquum: nam si Titio contra Petrum, ad uestem actio daretur, Petrus cogeretur eam dare, alioquin frustra daretur actio: at si daret, esset in damno, cum diminueretur eius patrimonium. l. 3. ff. de dam. infec. Titius certè esset in lucro. & ita sequeretur iniustitia, & iniquitas realis, in commercijs hominum, id quod esse nō debet, Aristo. 5. Ethic. In superioribus uerò conuentionibus, ut in emptione, uenditione, & in similibus, ideo actio uenditori tradita re, ex naturali obligatione datur, ne iniustitia, iniquitasque realis, inde oriatur, ne scilicet uenditor sit in damno, emptor autem in lucro. Si igitur a te quæratur, an ex naturali obligatione detur actio: responde, aut si non daretur, sequeretur iniustitia, & iniquitas realis, & tūc datur, ut in primis exemplis, uidelicet in emptione, uenditione, & permutatione, alijsque eiusdem generis: de quibus in. l. Iurisgentium, in prin. & in. §. sed & si. ff. de pact. Aut si non daretur actio nulla proueniret iniustitia, & iniquitas realis: & tunc non datur, ut in secundis exemplis, uidelicet quando Petrus promisit dare uestem simpliciter: & ita procedit tex. in. §. sed cum nulla. uers.

uers.igitur, iniustitia autem,& iniquitas rea lis tunc sequtretur,quando alter contrahen tium esset in damno, alter uerò in lucro.
4 At si in casu proposito, idem † Petrus sciens,non posse aliqua actione,ad dandam uestem compelli, admonente tamē recta ra tione, liberalitate sua dederit,deinde pœnitentia ductus uelit eam repetere, quæritur an possit? Respondeo, receptum esse, uestem solutam,repeti non posse.l. naturales.ff.de actio.& oblig.in fi.&.l.fideiussor.§. fideiussor.ff.de fideiussor.& d.§.sed cum nulla. licet enim ea obligatio naturalis non pariat actionem, cum realis æquitas in hoc casu non urgeat. tamē quia inest alia æquitas, uidelicet rationalis: ratio enim recta suadet iustum & æquum esse, promissa seruari.l.1.ff.de pact.gentes contra repetentem dari exceptionem constituerunt? exceptio enim ex æquitate nascitur.l. qui æquitate.ff.de doli except. nec iniquitas illa in casu huiusmodi consideranda est, ne alter sit in damno,alter certè in lucro: quia Petrus qui dedit uestem,non dicitur esse in damno, cum id, facto suo sentiat.c. damnum, de regu. iur.in.6.
5 Quæritur præterea, quando † pactū nudum dicatur? Omnes ferè scribentes,nudā pactionem esse dicunt, quando aliquis sine interrogatione promittit? ut not.in.l. iurisgentium.§. igitur nuda.ff. de pact. ponunt præterea multa pactionis uestimenta, quæ enumerat glos. in.d.l. iurisgentium.§. quin imo.aiunt enim, illam,re,uerbis, literis,cōsensu, reique interuentu uestiri. sed hæc, sunt specificæ differentiæ, & sic forma con tractus non uestimenta. aliud est enim forma rei, aliud uestimentum: quemadmodum anima rationalis, est hominis forma non autem uestimentum,ea enim est causa, ut homo sit, sed postquam est homo, eget uestimento,ne frigescat, ita conuentiones, licet dicantur uestitæ, specifica differentia, ut sint,nudæ tamen sunt,nisi adsit æquitas, quā indutæ, dicuntur uestitæ, quā ueste re mota, non nascitur actio. Ego uerò in eo rum sententiam,pedibus non eo, Dicas ita que pactionem nudam,& uestitam esse,opposita priuatiue: quorum oppositorum natura ea est,ut cognito uno de ipsis,cognosca tur & alterum.l.1.ff.de his quis sunt sui,uel alie.iur.quamobrē, si quæ pactiones sint ue stitæ prius cognouerimus, simul intelligemus,quæ sint nudæ.uideamus itaque de his quæ uestitæ sunt.

Scito igitur conuentionem,seu pactū,uti genus,dici nudū,quādo nulla differētia spe
6 cifica,el aduenit. differentiæ † enim specificæ sunt,quæ pactum nudum uestiunt,ad hoc ut sit,non tamen ita uestitum parit actionē, sed alia ueste opus est, quo ad actionem pa riendū.l.1.§.permutatio,ibi nudo consensu. ff.de rerum permu. quo uerò ad essentiam, dicitur uestitum specifica differentia,ita, ut tali ueste,plures conuentionis species cōsti tuātur.omnes igitur pactiones iure naturæ, siue gentium inuentæ cū primū realis æqui tas eis subest,uestiri dicuntur,ita ut actionē pariant:quæ æquitas tunc subest, cum ab al terutra parte,uel datio, uel traditio,uel factio,accedit:ex qua quidem æquitate, ideo nascitur actio,ut neutra pars,nec dānū, nec lucrum sentiat, sed suum quisque in iudicio recipiat. est enim iudicium iusti, & iniusti diiudicatio.5. Ethic. Omnes igitur iuris naturæ,& gentiū conuentiones,sunt nudæ, quo ad pariēdā actionem, antequā subsit di cta realis æquitas:dicuntur tamē specie uestitæ,ut alibi dicetur.actio enim (ut dictum est)ideo datur, ut res iniqua,ad æqualitatē reducatur.antequam igitur alter contrahen tium det,faciat, uel tradat, quicquā non est in dāno, & ita inter eos, non est iniustitia, nec iniquitas.quamobrem,neutri competit actio,quæ duntaxat ei competit, qui dedit, aut tradidit,aut fecit,quod promisit,ut contra, ipse accipiat,quod ei promissum est: ne damnum sentiat. Et licet ex emptione, uen ditione,locatione,conductione,& mandato,antequam res interueniat,obligatio nascatur,adhuc tamen dicitur nuda conuētio, est igitur in eis nudus consensus, & sic nuda pactio,nuda inquam ad pariendam actio
7 nem:nam † licet sic obligatio,non tamē parit actionem,priusquam interueniat datio, uel traditio,uel factio, uel alterius contrahentium interesse.d.l.Iulianus §.offerri.ff.de actio.emp.l. si procuratorem.§. mandati.ff. mand.ubi hæc sunt uerba.mādati actio, tūc competit, cum cæpetit. interesse eius, qui mandauit.

mandauit. ponderandus est ille articulus tunc, qui extremum temporis significat. l.4.§.fin.ff.de conditio & demonst. Dicuntur itaque pactiones iuris naturæ, & gentiũ nudæ, tantisper dum subsit realis æquitas: nudæ inquam quo ad parienda actionem. Realis igitur æquitas, uestit eas, ita ut pariant actionem, pro seruanda inter contrahentes æqualitate, ne scilicet alter eorum, sit in damno, alter uerò in lucro, quod esset iniustum, & iniquum, id quod inter ciues esse non debet. 5. Ethic. & supra demonstratum est. uoluntas enim legum latoris est efficere bonos ciues. l.1.ff.de iusti. & iur. & 5. Ethic. boni autem ciues efficiuntur, si in ciuitate seruetur iustitia, & æquitas, quæ est uirtus: ab eaque plus & minus, lucrum, & damnum, quod est uitium omnino tollatur.

Sed dicet quispiam, supradicta non sunt facultatis ciuilis, sed philosophiæ mortalis:
8 fateor supradicta † ex morali philosophia accepta: pertinent tamen, imo necessaria sunt, ad facultatem ciuilem: quid enim est aliud facultas ciuilis, quã uera pgilosophia? l.1.ff.de iusti. & iur. audeo præterea dicere, non posse a quopiam facultatem ciuilem bene declarari, nisi prius moralem philosophiam optimè norit. Ex supradictis satis constare arbitror, conuentiones, tunc uestiri, ad hoc ut pariant actionem, cum subest illa æquitas realis, de qua supra: hoc est, cum alterius contrahentium, incipit interesse, eò quòd dedit, uel tradidit, uel fecit quid piam, uel si quo a'io modo interfit. hac igitur æquitate uestitæ, pariunt actionem, qua iudex rem, ad æqualitatem reducit, ut neutra pars ex cõuẽtione damnum sentiat.

Cognitis itaque conuentionibus uestitis, facilè cognosci possunt nudæ. sunt igitur
9 † nudæ, quibus ea realis æquitas non inest: nudæ in quam ita ut nõ pariant actionem.

Supradicta autem, sine controuersia pro
10 cedunt in † commercijs, quæ sponte sua faciunt homines, ut sunt emptio, uenditio, locatio, conductio, commodatum depositum, & permutatio, & similes, in quibus clarè apparet damnum, & lucrum, plus, & minus, æquitas, & iniquitas realis. sed in commercijs, quæ nobis inuitis fiunt, ut furtum, adulterium, cædes, percussiones. iniuriæ, & similes, non facilè in omnibus apparet lucrũ, & damnum: nam licet in furto, & rapina, is, qui surripuit, sentiat lucrum, is autem, a quo surreptum est, sentiat damnum, quam obrem ei, qui in damno est, competit actio, qua iniquitas, iudice medio, ad æqualitatem reducitur. tamen is, qui aliquem percusserit, uel alieni iniuriam fecerit. non clare dicitur esse in lucro, cum nihil ei adsit: sed cum inter percutientem, & percussum, clarè sit iniustum quoddam, quod idem est, quod iniquum: si iniquum est, ergo & ini-
11 quitas: qua † de re datur actio, ut ea iniquitas, ad æqualitatem a iudice redigatur: percutiens enim, uel occidens, seu iniuriam faciens, dicitur habere plus de existimato bono, in quantum impleuit suam uoluntatem: & ita quasi in lucro esse uidetur. homines enim si suæ uoluntati etiam prauæ satisfaciant, lucrum esse existimant. Ille autẽ qui uulneratur, uel occiditur, uel iniuriam patitur, dicitur habere plus de malo, cũ id contra suam uoluntatem patiatur, & ita esse quasi in damno uidetur: quamobrem ei competit actio, qua iudex ductus, rem ad æqualitatem reducit, subtrahens a lucro, & ponẽs in damno: hoc est, aufert a percutiente, uel occidente nũmos, seu quid aliud, illudque ponit in commodum, uel honorem uulnerati, uel iniuriam passi, & ita seruatur æquitas inter ciues, quæ sola est causa, ut ex commercijs nascatur actio. hæc autem æquitas cum adest, conuentiones dicuntur uestitæ, cum abest, nudæ appellantur, sunt tamen uestitæ, quo ad esse perfectum, quando transeunt in propriam speciem.

Summarium.

XXIIII. DECLARATIO, an petitio in iudicio, & Iudicis officium sit actio.

CAeterum ut dilucidius pateat, quam obrem petitio in iudicio appelletur actio,

actio, rursus dicito, tria esse uerba, uidelicet
1 † operari, facere, & agere. Operari cótinet sub se facere, & agere, omnis enim qui agit, & omnis qui facit, operatur, tunc autem dicimus facere, quando remanet aliquod opus, ultra operationem, agere auté, quando nihil remanet operis. Aristo. 1. Polit. & 6. Ethic. Et ex his, tria hæc nomina ducuntur, operatio ueluti genus, quæ in duas diuiditur species, in operationem, quæ est factio, & operationem quæ est actio. operatio, quæ est factio, continet sub se omnes operationes, ex quibus remanet aliquid facti: exépli gratia, ex ædificatione remanent ædes. est igitur ædificatio, factio quædam: ex fabri lignarij operatione, remanet opus, ut puta sedes: erit igitur factio. est itaque factio, omnis operatio, ex qua aliquid operis existit. operatio uerò, quæ est actio, continet sub se omnes operationes, ex quibus nihil operis remanet. Cantare igitur est agere, & cantatio illa, est actio: habere orationem, est agere, & habitio illa orationis, est actio: loqui cum aliquo, est etiam agere & sic locutio illa, est actio: legere præterea, est agere, lectio igitur est actio: item petere ab amicis id, quod promissum est, uel de aliqua re sibi accommodari, uel quoquo modo amicè petere, est agere, petitio ipsa est actio. hæ, & harum similes, dicuntur actiones, non autem factiones: ob hanc sanè causam, quod nullum ex eis remanet opus.

Rursus petitio subdiuiditur, alia enim fit ex
2 tra iudicium. alia in iudicio. † extra iudiciú fit, quomodocunque sine iudice, ab aliquo petatur, de qua leges nihil tradunt, quia non est id à ciuitate constitutum, sed fit natura ipsa docente, quisque enim scit, ab alio
3 petere quod sibi placitum est. At † petitio illa in iudicio, quæ ut dictum est, dicitur actio, est ius. Insti. in prin. de actio. ius autem, ut sæpius dictum iam est, est ordinatio, seu constitutio quædam ciuitatis. ciuitas enim constituit, quo nam modo in iudicio petendum sit. Hæc itaque petitio in iudicio, quæ est idem, quod actio de qua Insti. de actio. in prin. in duas diuiditur species: nam quædam est in personam, quædam in rem. l. actionis uerbo. ff. de actio. & obliga. petitio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab aliquo possidetur, petimus & semper aduersus eum est, qui rem possidet: quæ proprio nomine, appellatur uendicatio. uendicare enim est, rem sibi appropriare, uel suam esse dicere, ut inquit Valla.
4 Hæc autem † petitio in rem, aut est factio, aut actio: factio non est cum ex ea nihil facti remaneat: erit igitur omnino actio. l. actionum genera. ff. de actio. & oblig. Sed quia interdum petimus, seu persequimur rem, non nostram, sed nobis obligatam, seu hypothecatam, huiusmodi petitio, seu persecutio, aut erit factio, aut actio: factio nó est, cum ex ea nihil operis superfit, erit itaque actio: proprio autem nomine uocabitur hypothecaria, sicut homo proprio nomine, uocabitur Camillus. Petitio autem in personam, dicitur actio, qua cú eo agimus, qui obligatus est ex contractu, uel quasi, ex maleficio, uel quasi ad faciendum aliquid, seu dandum. Insti. de actio. §. 1. semperque aduersus eundem, seu eius hæredem locum habet. d. l. actionum genera. hac autem, plures continentur species, ueluti actio ex empto, uenditio, locatio, conducto, mutuo, deposito, & huiusmodi, de quibus supra dictum est.

Interdum in iudicio petimus, seu imploramus ab eo, qui non est nobis ex cótractu, uel quasi, ex maleficio, uel quasi obligatus, sed tenetur ex æquitate quadam, seu ex uiri boni officio: hic autem est iudex, qui ex officio suo, & æquitate tenetur facere, quod sibi incumbit. Est enim officium, facultas quædam, qua quis facit, uel agit, quod sibi incúbit. illa igitur petitio, seu iudicis officij imploratio, aut erit factio, aut actio. factio omnino non est, cú ex ea quicquam operis non remaneat: erit itaque actio, qua quis petit a iudice, ut mediáte eius officio, agat aliquid, quod ei incumbit, ueluti ut in integrú restituat, tot. tit. de resti. in integ. seu usuras, uel fructus, præstari faciat. l. per collusionem. §.
5 1. ff. de actio. emp. & l. 3. C. depos. ipsum † uerò iudicis officiú, nullo modo est actio, sed est quoddam medium, ueluti instrumentú, quo ipse iudex agit, & operatur sicuti ignis operatur sua calidirate, & sutor sua arte si. n. peto a sutore, ut faciat mihi calceos: illa mea petitio, est actio quædam, ars uerò suto

F ris, mi-

ris,minime,ars enim est habitus, seu facultas quædam, qua sutor facit. Frustra igitur quærunt Doctores,an ipsum iudicis officium,sit actio,nusquam enim probatur, ipsum officium esse actionem:sed est id, quod iudex ipse agit,uel per quod agit. Doctores item inquiunt, damni infecti cautionē peti,per officium iudicis.l. Prætoris officiū. ff. de dam. infec. sed cautio damni infecti, est actio.l.inquilino.ff. eo. ergo &c. Longè aberrant. nam nec ipsum officium, est ipsa actio:sed facultas quædam, qua ipse iudex iubet caueri, de damno infecto,uel aliquid fieri. nec ipsa quidem cautio damni infecti, est actio,cum cautio non fiat à petente,sed ab eo à quo petitur.dominus enim ædium uitiosarum cauet,nec quicquam sibi perit. illa igitur petitio, qua quis petit, ut iudex officio suo,faciat ab aduersario sibi de damno infecto caueri, est ipsa actio, de qua loquitur d.l. inquilino. Concludendum est igitur officiū iudicis nullo modo esse actionem:sed ipsa petitio, qua quis implorat ipsum officium, est actio. Quemadmodum nec ipsa res petita,est actio. sed petitio ipsius rei,dicitur actio.

Summarium.

1 *Operari,facere, & agere inter se differunt.*

2 *Actio extraiudicialis est à principio hominum.*

3 *Actio iudicialis est de iure gentium. Quæ aliquando dicitur ciuilis approbatione. nu.6.*

4 *Actiones ciuiles quæ.*

5 *Ius naturale seu gentium est pars iuris ciuilis.*

XXV. DECLARATIO, AN actio sit de iure gentium,uel ciuili.

Rursus quæritur,utrum actio sit de iure gentium,an de iure ciuili. Pro responsione rursus repetantur, ea quæ
1 paulo ante dicta sunt,sumatur igitur † operatio,ut genus superius: deinde in duas diuiditur species, in operationem uidelicet, quæ dicitur factio,& operationem,quæ dicitur actio, factio est omnis operatio, quæ in exteriorem materiā transit,eaque cessante remanet aliquod opus factum,quod est finis:ueluti si ædificator ædificat, eius operatio in exteriorem transit materiam,hoc est in ædes, & cessante operatione remanet opus,hoc est ædes ipsæ. sub hac specie,quæ dicitur factio, omnes mechanicæ operationes continētur: omnes enim artifices,& fabri,facere,non agere dicuntur,quorū bonū est in eorum operibus, non autem in ipsis: possunt enim artifices,seu fabri esse mali,& praui,opera autem illorum bona. Rursus, actio est omnis operatio,quæ non transit in exteriorem materiam,qua operatione,hoc est actione cessante, nullum remanet opus, sed ipsa actio, est finis. exempli causa, qui canit,qui pulsat citharam,qui loquitur,qui orationem habet,& qui aliquid ab alio petit,dicitur propriè agere, & non facere: ex his enim nullum remanet opus: petere itaque est agere, petitio illa est actio. Rursus petitio,tanquam genus subalternum, subdiuiditur.quædam enim fit extra iudiciū,quædam in iudicio. Extra iudicium, mille sunt petendi modi. petunt enim homines ea de quibus, & in quibus uolunt sibi etiam gratuito accommodari. In iudicio uerò, ea duntaxat homines petunt,quæ sibi ab alijs quoquomodo debentur. hoc ex Aristo.1.Polit.
2 Si igitur quæritur,quo iure introducta sit actio:dicito † actionem extra iudicialem, tunc natam fuisse, cum homines cæperunt sermonem habere.ipsi enim, ideo datus est sermo,ut eo possent inuicem loqui, eoque iocunda,& molesta inuicem indicare,iustū, & iniustum,æquum:& iniquum, utilitatem, & damnum mutuo demonstrare,ut.1.Polit. omnia autē hæc sunt extraiudiciales actiones: & ab initio iure naturali introductæ. Actio uerò iudicialis, eo iure introducta fuit,quo & magistratus & consequenter iudicium.magistratus certè introducti fuerūt. eo iure quo & ciuitates condi cæperūt. sunt enim, & ipsi pars ciuitatis, quemadmodum Aristo.1.Polit.ait. & supradictum est. in de cla.18. ciuitates autem iure gentium conditæ sunt.l.ex hoc iure.ff. de iusti. & iur. & ibi
3 Doc.Est igitur † actio iudicialis, iuregentium introducta. nam quo iure est causa,eodem est eius effectus:causa enim parit effectum sibi similem,ut aiunt Philosophi.&.l. manumissiones.ff.de iusti. & iur.calor enim rem calidam,frigus frigidum efficit. causa si quidem actionis iudicialis,sunt contractus, & con-

& conuentiones, & consequenter obligationes, quæ ex his oriuntur. contractus uerò, seu conuentiones ferè omnes ex iure gentium institutæ sunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. hæ autem, uti causa remota, actionem iudicialem pariunt. l. iurisgentium. ff. de pact. Quamobrem, si eo iure, Titius uendidisset fundum Sempronio centum, tradito fundo, si Sempronius noluisset dare pretium, Titius in iudicio coram magistratu, dicta centum petebat, quæ petitio, ut supra dictum est, nil aliud est, quam actio iudicialis, appellaturque actio ex uendito. contra si Sempronius dato pretio, Titioque da re fundum negante, petebat coram magistratu fundum sibi tradi, ea petitio dicebatur actio ex empto. Item dicendum est de locatione: nam si locator rei locatæ mercedem petebat, eiusmodi petitio, erat actio, uocabaturque actio ex locato. ecótrariò petitio conductoris, erat itidem actio, dicebaturque actio ex conducto. Item petitio rei depositæ, seiuè commodatæ dicebatur actio ex deposito, actioque ex commodato. Item eo tempore, quo iure naturæ, seu gentium uiuebatur, si quis, puta Petrus abundans frumento egebat, uino, conuentione facta, dedisset Titio frumentum, quo accepto si Titius amicè requisitus, noluisset uinum tradere, poterat coram magistratu petere ut dictus Titius ad dandum uinum compelleretur: & ea petitio erat actio, non autem factio, & quia in iudicio petierat, erat actio iudicialis, appellarique poterat actio in factum. quæ actio, procul dubio erat de iure gentium: cum permutatio fuerit iure naturæ seu gentium introducta. Aristo. 1. Polit. si enim emptio iuregentium fuit introducta. §. fi. Insti. de iur. na. gent. & ciuil. igitur & permutatio. a permutatione enim origo uédendi, emendique cæpit. l. 1. ff. de contrah. emp. & uéd. Et generaliter dicito, omnes actiones, quæ nascebantur ex contractibus ex iuregentiú introductis, iurisgentiú appellari. ná cuius iuris est causa, eiusdem est effectus. l. manumissiones

4 † Actiones uerò quæ nascuntur ex côtractibus, iure ciuili institutis, ueluti. ex stipulatione, ex literarum obligatione, ex contractu emphyteotico, quos glos. ponit in. d. l. ex hoc iure. meritò appellantur ciuiles: cú earum causa, iure ciuili fuerit introducta. Et sicubi reperies actiones ex côtractibus iurisgentium natas, ciuiles nominari ne mireris, ciuitates enim, à quibus ius ciuile appellatur, non solum uiuendi, sed bene uiuendi gratia, fuerunt institutæ: quamobrem, & iuris naturæ, iurisque gentium præceptis. & ciuilibus utuntur. & ex his tribus partibus collectum est quoddam totum, quasi integrum, quod quidem totum, ius ciuile, nuncupatur. ut apertè patet in. 5. Ethic. ubi philosophus ait, ciuile ius, aliud naturale, seu gentium aliud legitimum esse: & ita aperte demonstrat † ius naturale, seu gentium, esse partem iuris ciuilis, sicut partes, est pars domus. Ius itaque naturæ, seu gentiú, appellatur ciuile, eò quòd ciuitates illo utuntur, non quod inuenerint. Hoc apertè confirmat Cicero in. 3. offic. cuius hæc sunt uerba, maiores nostri, aliud ius gentium, aliud ius ciuile esse uoluerunt? quod enim ciuile, non idem gentium: quod autem gentium, idem ciuile esse debet. Ius itaque legitimum, seu positiuum est pars iuris ciuilis, quod quidem ius ciuile, ut dictum est, sumitur ueluti totum quoddam integratum. & ius istud positiuum, ut pars, dicitur etiam ciuile, propterea quod non solum eo ciuitates utuntur, sed ipsum etiam constituerunt. ita s. Tho. ibi declarat Philosophi uerba.

6 Ita ad propositum, † si actiones quæ ex contractibus iuris gentium nascuntur, aliquando appellantur ciuiles: ideo fit, quia ciuitates illas approbant, illisque utuntur, & hoc tangit glos. in. l. naturalis in prin. in uer. obligatio, in ult. uer. ff. de præscrip uer. quemadmodum obligationes dicuntur ciuiles, quæ aut legibus constitutæ, aut certo iure ciuili, hoc est ab ordinatione ciuitatis, comprobatæ sunt. §. namque. uer. ciuiles. Insti. de obliga. Ex supradictis satis constat, actiones quæ dantur ex contractibus iure gentium institutis, eodem iure gentium, esse introductas.

Summarium

1 *Deportati sunt capaces contractuum iurisgentium. Et consequenter actionum ipsorum contractuum. nu. 2.*

3 *Narratio in iudicio est actio: quæ est facti.*
4 *Actio præscriptis uerbis cur dicatur. Et est eadē cum actione in factum. nu. 5.*
6 *Actio in factum generalis, quæ non dicitur præscriptis uerbis, quando datur.*
7 *Facti dies qui, & qui comitiales. nu. 8.*
9 *Actio redacta ad uerborum formulam.*
10 *Forma antiqua narrationis, siue libelli.*
11 *Regis actio quæ.*
12 *L. edita. C. de eden. de qua actione loquatur.*
13 *Actio simplicis iuris, quæ.*
14 *Actiones iuris gentium, & ciuilis quæ.*

XXVI. DECLARATIO, AN deportati habeant actiones. Et quid sit actio præscriptis uerbis, uel in factum.

1 Illud obiter hic uidendum est, cum † deportati habeant ea, quæ sunt iurisgentium, & consequenter facultatem faciendi omnes contractus qui sunt iurisgentium, ea uerò quæ sunt iuris ciuilis nequaquam habēt. l. quidam sunt. ff. de pœn. hinc quærunt doctores, an habeant actiones ex illis contractibus. Respondendum esset nō habere actiones: hæ enim, ut ipsi aiunt, sunt iuris ciuilis. Bar. tamen in d. l. quidā. dicit, ex eo, quòd lex permittit deportatis habere potestatem faciendi contractus iuris gentium, concedit etiam eis habere actiones, licet sint iuris ciuilis. Tu autem ex supradictis responde hoc modo, si deportati habent ea quæ sunt iurisgentiū. d. l. quidam possuntq; facere contractus iurisgentium, consequenter etiam † habens
2 actiones ex illis contractibus natas, quæ etiam sunt iurisgentium licet aliquando appellentur ciuiles: de quo iam satis dictum est. Aduertendum tamen est, quòd licet deportati, non habeant ea, quæ sunt iuris ciuilis Romanorum, eò quia desinunt esse ciues Romani, tamen si ad aliam migrarent ciuitatem, ut puta Venetias, ibiq; effi cerentur ciues, haberent ea, quæ sunt iuris ciuilis Venetorum. Sed huic conclusioni, hoc est actiones esse iurisgentium: uidetur aduersari tex. in l. 2. §. deinde. ff. de orig. iur. ubi actiones uidentur ex legibus natæ, iccirco ciuiles nominandæ sunt. pro solutione sciendum est, actionum quo ad rē nostram duas esse species: unam, quæ est facti, & hæc est formula quædam ex legibus composita. alteram, quæ est simplicis iuris.
3 Prima † quæ est facti, est narratio quædam in iudicio: narrare enim, est agere. narratio igitur, est actio continens factum, & conuentionem de aliquo negocio coitam. hæc autem narratio iure gentium erat simplex, nec habebat certam dicendi formā, erat uaria, prout erant uaria negocia, de quibus agebatur. & postea Appius Claudius eas cōposuit, ad formamq; redegit. d. l. 2. §. postea quo factū est, ut unnquæq; narratio propriam haberet formulam, certis quibusdā uerbis & solennibus compositā, in qua, si aliquod uerbum, aut syllaba mutaretur, uel diminueretur, uel adderetur, actus uitiabatur. l. 1. C. de formu. subla. singula itaq; negocia, singulas habebant formulas: & narratio illa solennis continebat factum, seu cōuentionem, quæ transierat in proprium nomen contractus, ab eoq; nomine actio sumebat suum nomen. Et ne res exemplis egeat, si erat narratio continens factū, seu cōuentionem de re uēdita, & empta, actio empti, & uenditi uocabatur: si cōtinebat factū de re locata, & cōducta, appellabatur actio locati, & conducti, & ita de alijs nominatis. Sin autem narratio in formulam redacta continebat factū, seu conuentionē, quæ non transibat in proprium nomen contractus, ut sunt illi quatuor innominati, do ut des, do ut facias, facio ut des, aut facio, ut facias. l. naturalis. ff. de præscrip. uer. tunc quoniā
4 † actio non habebat unde caperet propriū nomen, actio præscriptis uerbis, uel in factum uocabatur. nam cum deficiebat actionis nomen, actione præscriptis uerbis, uel in factum agendum erat: hoc est, ex illis solennibus uerbis in formulam præscriptis quibus negocium exponebatur, dicebatur actio præscriptis uerbis, uel ex illo facto in sua formula solenniter narrato, actio in factum nuncupabatur. In his igitur qua-
5 tuor contractibus, † actio in factum, & actio præscriptis uerbis, re non differunt, una est enim conuentio partium uidelicet do, ut des, quæ pro ut est conuentio, facti est. l. consilio. §. fin. ff. de cura furio. & ex illo facto

lo facto, dicitur actio in factum. sed quia illa met conuentio, scilicet do ut des, fuit uerbis contrahentium expressa, ex illis uerbis in formulam præscriptis, illa eadem actio quæ dicitur in factum, appellatur actio præscriptis uerbis. l. 1. & 2. ff. de præscrip. uer. Item minime differunt fine: utraque enim datur ad idem dandum, uel faciendum. tot. tit. ff. eod. At si † narratio, seu formula nullam continet partium conuentionē, sed simplex factum ex quo datur alicui damnum, & ita est iniquitas: æquissimū quidem est, aliquam damnum passo dari actionem, qua a iusto uiro, hoc est à iudice, res ad æqualitatē reducatur. quamobrē, si huiusmodi factum in proprium transit nomen, ueluti est furtum, rapina, iniuria, ex eo nomine actio suum accipit nomen, appellaturq; furti, ui bonorum raptorum, iniuriarumue actio, ut in suis titulis patet. Sed si in proprium nomen, factum non transit, est tamen aliqua lex, a qua ueluti à causa efficienti actio possit nomen accipere, túc ab illa lege actio appellabitur, ueluti actio legis Aquiliæ. ut in tot. tit. ad. l. Aquil. At si factum in proprium non transit nomen, nec lex aliqua de eo loquitur, tunc ex eo facto datur actio in factum duntaxat, exempli causa, si non in corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed aliquo modo alicui damnum datum sit, ueluti, si quis misericordia ductus alienum seruū uinctum soluerit, ut fugeret. §. fin. Insti. ad l. Aquil. Item si quis, alterius impulsu, damnum alicui dederit, quo fit, ut in factum actio danda sit in eum, qui soluit, qui uè impulit. l. qua actione. §. fi. ff. ad. l. Aquil. ubicūque igitur est tale factum, quod non transit in proprium nomen, nec lex aliqua de eo loquitur, ibi sola actio in factum danda est. Erit igitur hæc actio in factum generalis, dabiturq; ubicunq; tale simplex factum reperitur, nec ex huiusmodi facto datur actio præscriptis uerbis, cum nulla insit partium conuentio, & consequenter nulla partium uerba in formulam redacta sunt, ex quibus detur actio præscriptis uerbis, ut supra dictum est.

6

Tales itaque compositæ narrationes, dicebantur legis actiones, eò quòd per eas, lege, hoc est iure, agebatur illis enim homines inter se iure disceptabant: sed à principio narrationes illæ erant quidem compositæ, non tamen ordo obseruatioq; uerborū pro forma habebatur: quas actiones, hoc est facti narrationes, ne populus arbitratu suo institueret, certas solennesq; esse uoluerūt: hoc est instituerunt, ut non omnibus, sed certis quibusdam diebus iure liceret agi, quibusdam uerò non, illo fastos, hos nefastos appellabant. Erant autem † fasti dies, quibus licebat Prætori fari tria illa uerba solennia, do, dico, addico: his contrarij, erant nefasti, unde Ouidius.

7

Ille nefastus erit, per quem tria uerba silentur,

Fastus erit, per quem, lege licebit agi.

8 Erant præterea † dies comitiales, quibus cum populo uniuerso conuocato de re publica agi licebat, hoc est calatis comitijs, de quibus superius abundè diximus. Erant etiā dies stati, qui iudicij causa, cum peregrino instituebantur. de his legito apud Macrobium primo saturnalium. Liber ille, in quo dies solēnes scripti erant, fasti dicebantur. in liber, & actiones ita compositæ, erant apud collegium Pontificum, ex quibus unus quoquo anno præerat negotijs priuatis: eo tempore, eum qui in iure, aliquid ab alio constituisset, petere oportebat a Pontifice illo, & diem quo liceret agi, & actionem, hoc est rei narrationem petere. talis enim actio temporibus nostris, libellum appellari licet, qui etiam hodie ab aduocatis petitur, non tamen solennis, unde Cicero pro Murena ait. Posset agi lege, nec ne, pauci quondam sciebant: fastos enim uulgo non habebant. erant enim in magna potentia, qui consulebantur, a quibus etiam dies tanquam a Chaldeis patebantur. Deinceps quidam Gneus Flauius surripuit fastos, hoc est librum, qui dies illos continebat, & palam omnibus legendos proposuit, ita ut populus amplius pontificum opera non egeret. unde Cicero ibidem subdit. inuentus est scriba quidam Gneus Flauius, qui cornicum oculos confixir, & singulis diebus ediscendos fastos populo proposuerit, & ab ipsis cautis Iurisconsultis eorum sapientiam compilarit.

cornicum

Cornicum oculos configere, ut obiter id declaretur prouerbium est, quo in eum uti mur, qui callidos, & astutos homines uersutia, & caliditate supplantat, & eludit.

Quo facto, irati Iuriconsulti, timétes ne uulgata illorum dierum obseruatione, sine
9 sua opera lege posset agi, rursus † actiones illas ad quandam uerborum formam redegerunt, constitueruntq; ut mutato uno ex illis, licet minimo uerbo, uel etiam syllaba, frustra ageretur. Vnde Cicero ibidem inquit. itaq; irati illi, quod sunt uetiti, ne dierum ratione per uulgata, & cognita sine sua opera lege agi posset, notas quasdá, hoc est formulas, seu primas dictionum literas. cõposuerunt, ut omnibus in rebus ipsi inter essent. hæc Cicero. quamobré, qui iure agere uolebát, ijs necesse erat, ut ab illis, & formulas impetrarent, atque ita ut illis scriptum erat, ad unguem agi oportebat: quæ formulæ a Constantino sublatæ fuerunt. C. de formu. subl. quorum loco hodie sunt libelli, qui ab Aduocatis suo ipsorum arbitratu componuntur. Ego diu inter legendum obseruaui, si quam illarum formularum inuenire possem, tandem una apud Ciceronem pro Murena mihi occurrit: ibi enim a Cicerone antiqua rei uendicationis formula ex scripta est, ubi actor inquit.
10 † Fundus, qui est in agro, qui sabinus uocatur, ego eum ex iure meum esse aio: unde ego te ex iure manu consertum uoco. Subdit ibidem Cicero. quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, non habebat. quamobrem etiá pro reo respondendi formula huiusmodi. composita erat. unde inquit, tu me ex iure manu consertum uocasti, inde ibi te reuoco. habes igitur unã ex antiquis formulis.
11 Huiusmodi † igitur facti narrationes, in carmen, seu formulam redactæ, dicebantur legis actiones, propterea quod per eas duntaxat licebat lege agi. Hæ autẽ legis actiones quot annis erant apud unum ex Pontificibus. l. 2. ff. de orig. iur. §. deinde. a quo is, qui iure acturus erat, formulã negocio, de quo disceptandũ erat, accõmodatam impetebat. qui uerò, tales formulas apud se habebat, impetrantiq; concedebat, dicebatur etiá magistratus, corá quo filij & emancipati, & in adoptioné dari poterant. Huius rei mentionem facit Modestinus, in. l. Magistratũ. ff. de adop. Supradictæ igitur legis actiones, meritò dicédæ sunt ciuiles, propterea quòd a iure ciuili earum cæpit origo.

Iam satis dictum est, de ea specie actionum, quam paulo ante diximus esse formu
12 las quasdam. hæc est illa † actio, quæ necessariò edenda, exprimendaq; est in iudicio, ut sciat reus, utrum cedere, an cõtendere ultra debeat. de qua loquitur. l. 1. ff. de eden. & l. edita. C. eo. tit. & hæc longè differt ab illa altera specie, quæ est ius persequendi &c. Insti. de actio. in princ. illa enim est ius persequẽdi, hoc est propter quod persequi possumus in iudicio, quod nobis debetur. aliud est igitur ius, propter quod persequimur, aliud ipsa persecutio: quemadmodum dicimus de itinere, quod est ius eundi, ambulandi &c. Insti. de serui. hoc est ius, propter quod possumus ire, & ambulare. aliud est igitur. ius ambulandi, aliud ipsa ambulatio. Item ars est habitus recta cum ratione faciendi. 6. Ethic. & tamen aliud est ipsa ars faciendi, aliud ipsa factio. Et ut paucis concludam, illa actio, de qua in insti. in prin. est ius, propter quod possumus persequi quod nobis debetur, quod nec edi, nec emendari, nec mutari potest, cum sit res incorporea. & de hoc non loquitur. d. l. 1. nec l. edita. illa autem actio, de qua loquitur. l. 2. §. postea. de orig. iur. est actio quædam, qua persequimur in iudicio, quod nobis debetur, uirtute illius primæ. & hæc edi, exprimiq; debet, & emendari, mutariq; potest. d. l. 1. & d. l. edita. hodie dicitur libellus, & de hoc dicetur in declaratione. d. l. edita. Se-
13 quitur altera † species, quæ est simplicis iuris, & longe ab illa superiori differt. Hæc. n. est ius quoddá persequendi in iudicio, quod nobis debetur. Insti. de actio. in prin. illa uerò præstat nobis formulas, quibus negociũ in iudicio narratur. hæc adeo inhæret ossibus nostris, ut a nobis separari nequeat. l. 3. & ibi not. ff. pro soc. illa cum suis formulis Appij Claudij libro continebatur. l. 2. §. postea. ff. de orig. iur. hæc certè minime libro
14 aliquo contineri potest. Actiones † igitur, quæ sub hac specie, cum suis rudibus narrationibus continentur, partim sunt iutegentium

tium introductæ,hoc est omnes eæ,quæ dantur ex conuentionibus iuregentium institutis ut supra diximus:& ex æquitate ut ex causa propinqua,& principe, & ex obligatione ut causa remota nascũtur, ut supra demonstratum est. partim uerò sunt iuris ciuilis,hoc est omnes eæ,quæ dantur ex conuentionibus iure dũtaxat ciuili introductis, quæ notantur in.l.ex hoc iure.ff.de iusti. & iur.& eæ interdum nascuntur ex sola obligatione ciuili,etiam sine reali æquitate. ut patet in litera. oblig.Insti.subest tamen æquitas legalis,ut supra diximus Ex supra dictis facilè concludi potest, plerasq; actiones fuisse,ac esse iurisgentium. Et hæc dixisse de iure naturali & gentium satis sit, nonnullis interim obiter declaratis.

Summarium

1 *Permutatio in quo differat à contractu do ut des. & nu.6.*
2 *Species, & Genus quid secundum legistas. Et quid secundum philosophos. nu.5.*
3 *Permutatio quo tempore inuenta.*
4 *Permutationis qua. uor species. Qua sunt contractus innominati.nu.11.*
7 *Emptio & uenditio species permutationis.*
6 *Permutatio quare non est contractus nominatus.& nu.10.*
9 *Proprium, quatuor dicitur modis.*

XXVII. DECLARATIO permutationis.

ET quoniam superius facta est permutationis mentio,non ab re esse uidetur aliquid tractare, & de ea præsertim quæstiuncula, ubi Docto. quærunt, in
1 quo † differat permutatio, a cõtractu do ut des.glo.in.l.1.C.de rer.perm.& Bar.ibi, & idem Bar.& Ias.in.l.ff.eo. in hoc differre affirmant, uidelicet,quando species certa,puta equus,uel liber permutatur cetta specie, ueluti ueste, dicitur permutatio: quando autem genus, cum genere uel quantitas, cũm quantitate permutatur, tunc est contractus innominatus,hoc est do,ut des, & non permutatio.ita Ias.in.d.l.1.nu.10.id quod falsum esse ostenditur.Sed prius animaduerten
2 dum est,Doctores nostros,capere † speciẽ pro indiuiduo: quantitatem pro pecunia numerata: genus pro his,quæ pondere, numero,mensura ue constant. dicunt igitur ipsi, si conuentum est,ut detur genus, pro genere,ut puta frumentum pro uino, esse contractũm innominatum,hoc est do,ut des, non autem permutationem, in quo maximopere decipiuntur, longè.n. aliter res se habet,ut illicò patebit. Sciendum est igitur, ut Aristo.ait.1.Polit.gentes ab initio, fructibus, ex terra,hoc est ex agricultura mortua,& ex animalibus,hoc est ex agricultura uiua, ut ipse appellat,perceptis, uitam duxisse: hæ enim ueræ appellandæ sunt diuitiæ,horum siquidem acquisitio, secundum
3 naturam est,ut ipse ait.†homines itaque ab initio, alij communia habebant omnia,alij separatim multa, quo fiebat, ut eorum, qui separatim fructus habebant, alij abundarẽt frumento, carerent autem uino: alij quidem uino abundarent, egerent autem frumento: necessario igitur reperta fuit permutatio? non enim numorum usus adhuc repertus erat. propter indigentiam igitur, necesse erat, permutationem fieri: unusquisque enim secundum rerum necessitatẽ, utilibus,inutilia, permutabat: frumento.n. quis abundans, uino autem carens, dabat frumẽtum alicui,ut ab eo uinum reciperet: mensura autem erat indigentia,ut hoc utar uocabulo, si quidem non plus accipiebat, quam egebat. multæ ad huc Barbarorum nationes, apud quos numorum usus nõ est, ita uiuunt.alia enim pro alijs dant, recipiũt, que,atque inutilia sibi utilibus permutant, ceu uinum tritico,oleũ uino, & huiusmodi. hæc ex Aristo. in.1. Polit. Ex quibus perspicuum est, primam permutationis speciem fuisse in fructibus, & consequenter in his, quæ pondere, mensura uè consistunt: quod Doctores nostri, genus appellant,in quo negant esse permutationem, ut patet in locis supra citatis. postea cæperunt permutare ferrum, seu æs frumento, uino, seu oleo. & hæc etiam ab Aristo.1.Po
8 lit.permutatio secundum naturam nominatur.fiebat enim ex rebus, quas natura è terra, hominis gratia producit, ad supplementum duntaxat indigentiæ, & secundum naturam, huiusmodi permutatio fiebat.

E xhis

4 Ex his clarum est, † primam speciem permutationis fuisse, do ut des, qua omnis datio cuiuscunque rei, pro re altera danda continetur. siue igitur certa species, pro certa, siue incerta, pro certa, detur, & è contrario, siue genus pro genere, ut ex Aristo. ubi supra facile perspici potest, permutatio est. Deinceps constitutis pagis, cæperunt esse artifices. erant itaque in pagis agricolæ, & artifices. cæpit præterea, ut naturaliter euenire solet, ut alter alterius opera indigeret, agricola enim egens calceis frumento autẽ seu uino abundans, dabat frumentum, uel uinũ sutori, ut is faceret ei calceos, & contra sutor faciebat calceos agricolæ, ut is daret ei frumentum, uel uinum. & ita aliæ duæ permutationis species esse cæperunt, uidelicet do, ut facias, & facio, ut des. Præterea eueniebat, ut sutor egeret domo, ædificator uerò calceis, conueniebant igitur, ut sutor faceret ædificatori calceos, ille autem sutori ædes: hinc cæpit quarta permutationis species, uidelicet facio ut facias. Quatuor itaque permutationis species, iure gentiũ constitutæ sunt, de quibus plenè Aristo. in. 5. Ethic. tractat. ibique dicit, has permutationis species fuisse, priusquam esset numus. asserit præterea ibidem, nullum pagum, nullamque ciuitatem, sine permutatione existere posse. His itaque permutationis speciebus constitutis, necessariò, & earum ge-
5 nus constitutum fuit, si quidem † genus nil aliud est, quam similitudo quædam ex specierum similitudine collecta, animoque cogitata, uereque perspecta, quæ nisi in ipsis speciebus, aut in earum indiuiduis, esse non potest: unde fit, ut peremptis omnibus speciebus, ipsum genus perimi necesse sit. species certè nil aliud est, quam similitudo ex indiuiduorum numero dissimilium, substantiali similitudine, animo collecta, quæ sine ipsis indiuiduis, esse nequit: hæc ex Boetio super Porphyrio. Quamobrem, si species est, alicuius generis est. species enim est, quæ sub assignato genere ponitur, hoc. n. necessario sequitur, species est, igitur genus est, ut Dialectici aiunt. confirmat hoc idem Vlpianus in. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. 3. colligitur itaque ex his quatuor speciebus, quoddam earum genus, quod permutatio appellatur. Erit itaque permutatio, ipsum genus, has quatuor species, inter se quidem diuersas continens: quod autem permutatio sit genus confirmatur Bar. autoritate in rub. de rer. permu. C.

Redeo nunc ad propositum, si igitur quæ-
6 ras, in† quo differat permutatio, a contractu do ut des. respondeo, in eo differre, quo differt animal ab homine: hoc est genus a specie. genus. n. continet speciem: species uerò continetur, & non continet. & interempto genere, interimitur species, & non è contra rio, ut ait Porphyrius. & Vlpianus in. d. §. inter emptum. Ex his patet, falsam esse differentiam, quam glos. & Doc. in. l. 1. ff. & C. de rer. per. minus accuratè faciunt. nõ enim permutatio est species, sed est duntaxat genus, ut ex supradictis facilè patet: quo, ab initio, hoc est antequam numus repertus esset, quatuor illæ duntaxat species continebãtur, idest do, ut dès, do ut facias, facio ut des, & facio, ut facias, ut clarè patet. 5. Ethic. 2. Polit.

7 Deinde inuento numo, inuenta fuit † emptio, & uenditio, quæ ueluti species in permutatione, sicuti in genere suo contineri cæpit, est enim emptio & uenditio, permutatio quædam. ut. 5. Ethic. & l. 1. ff. de contrahen. emp. Et de hac permutatione, tanquam de genere loquitur tit. de rer. per. ff. & C. & consequenter, & de eius speciebus, ut leges innuunt. Et licet aliqua ex illis quatuor dictis speciebus, aliquando forte appellaretur permutatio nõ ob id permutatio est species, sed genus. plerunque enim species generis nomine appellatur, ut puta homo, dici potest animal, & contractus cõuẽtio, quia conuentionis uerbum est generale. l. 1. §. 1. ff. de pact. titulus uerò de præscriptis uerbis principaliter tractat, quæ nam actiones ex illis quatuor speciebus nascantur, ut patet ex legibus ibi scriptis: & ut facilè cognosci possit, quæ nam actio ex illis danda sit multa ibi exempla proponit.

Quærunt etiam Doctores, quamobrem
8 † permutatio non sit contractus nominatus? supponunt enim, permutationem esse contractum innominatum. Pro solutione, præmitti oportet, illud dici innominatum, cuius proprium nomen inuenire non possu-

possumus.l.1. de præscrip. uerb. Nominatum uerò esse, quod proprium habet nomẽ.
9 l.1.ff.de pact. Proprium † autem, quatuor dicitur modis. primo namque proprium dicitur, quod soli alicui accidit speciei, & non omni: ut homini medicum esse. Secundo quod omni quidem accidit, sed non soli: quemadmodum homini esse bipedem, quãdo & auibus id accidit. Tertiò, quod soli dem, & omni, sed non semper: ut omni homini, & soli homini accidit in senectute canescere, licet Arist.& Plini.id etiã æquis tribuant. Quarto, quod soli, & omni, & semper: quẽadmodũ ridere, idque potestate magis, & aptitudine, quam actu uerum est. hoc quarto modo, nomen alicuius dicitur proprium, si quidem uni soli, & semper accidit, ut Cæsar, & Scipio, adiuncto tamen hoc pronomine hic, uel iste, uel ille, si quidem hic, uel ille Scipio, proprium est nomen, detracto autem pronomine, erit cõmune plu-
10 ribus. Emergit igitur quæstio, an † permutatio, sit contractus nominatus? respondetur, Permutatio ut genus, habet nomen, quod sibi uni, & semper, & nulli alij generi competit: habet itaque proprium nomen quarto modo sumptum: si proprium, ergo nominatum. l.iurisgentium.ff. de pact. erit igitur permutatio contractus nominatus, si modo, ut genus capiatur.

Rursus, & alia nascitur quæstio, an scili-
11 cet † quatuor illæ permutationis species, sint contractus nominati, an innominati: Respondeas procul dubio esse innominatos, non enim habent nomen propriũ quarto modo dictum, sed unaquæque earum, habet nomen cum alijs commune: exempli causa, hæc conuentio, do, ut des, est communis cum emptione, & uenditione.l.naturalis.§.1.ff.de præscrip.uer. Hæc autem do, ut facias, & facio.ut des, est communis cum locatione, & conductione.d.l. naturalis.§. at cum do.cum.§.sequen. Illa autem facio, ut facias, est communis, cum mandato.d.l. naturalis.§.sed si, non habent igitur hi contractus nomen proprium, quod sibi soli competat, ergo non sunt nominati.

Summarium

1 *Iuris definitio.*
2 *Apetibilia tria.*
3 *Bonum per se, uel propter aliud.*
4 *Vsucapio cur dicatur bona.*
5 *Aequum legale, naturale, & reale quid sit.*
6 *Qui parum a recto exorbitat, nõ est carpendus.*
7 *Cur permissum à lege contrahentibus usque ad dimidium decipere.*
8 *An reperiatur bonum & non æquum: & e contrario.*
9 *Maritus dominatur uxori secundum naturam.*
10 *Bonum & æquum simul quid sit. & nu.11.*

XXVIII. DECLARATIO, diffinitionis.

IVri operam daturus, opere pretium est, ut sciat quid est ius, omnis enim disceptatio, ut inquit Cice.o, quæ ab aliqua re sumitur, a diffinitione proficisci debet, ut intelligatur, quid sit id de quo disputatur.
1 Est igitur † ius, ars boni, & æqui: ex sententia Pauli in.l.1.ff. de iusti. & iur.

Vt hæc diffinitio planè intelligatur, prius uidendum est, quid sit bonum per se: quid æquum per se: quid bonum, & æquum simul. Ad primum itaque reuertor, bonum si largissimè sumatur, est id, quod omnia appetunt, idest ad quod omnia tendunt, intellige, bonum uerum, uel apparens: ei enim qui se suspendit, apparet id esse bonum. Aristo.in.1.Ethic. & ibi sanctus Tho
2 mas. † Appetibilia autem tria sunt, honestum, utile, & iocundum. & unum quodque eorum, dicitur bonum, quia est appetibile.8.Ethic. Bonum hoc modo sumptum, in duas subdiuiditur partes. quoddam est bonum per se expetendum. quoddam propter aliud: ut in.1.Ethic.sed ne res, exemplis egeat, hæc sint exempla.
3 † Sanitas est bonum per se, quia per se à quolibet expetitur: Medicina uerò amara, per se, non est expetibilis, sed propter aliud, idest ob sanitatem, est itaque medicina bonum quoddam propter aliud. Colere Deum est bonum per se: at obseruare dies festos, est bonum non per se, sed propter aliud: referuntur enim ad cultum Dei.

Item bonum humanum, tanquam communis, & sic diuinius, ut finis, per se expetendum est: unde matrimonium, seu prolis procreatio, est bonum per se. naturale.n. desiderium est, alterũ tale relinquendi, qua le ipsum est. 1. Polit. Fœminas esse dotatas, est bonum quoddã, propter aliud, ut facilius possint nubere, ad sobolẽ procreandam. l. 1. ff. solu. ma. fœminas igitur esse dotatas, est bonum quoddã publicum, propter aliud bonum publicũ, scilicet ut sit procreatio prolis legitimæ, in re publica: & quia fœminas esse dotatas, aliquo modo est bonum publicum, ideo præfertur bono omni no priuato, ut not. in. d. l. 1. ff. solu. mat. hanc ob causam, mulier habens hypothecam tacitam pro dote, præfertur alijs habentibus tacitam etiam anteriorem. l. fi. C. qui pot. in pig. ha Bar. appellat bonum principaliter id, quod est bonum per se: bonum uerò secundarium, id quod est bonum ob aliud. At Vsucapio est bonum quoddã propter aliud. est enim introducta, ut esset aliqua litium finis, & sic ob concordiã ciuium. l. fi. ff. pro suo. Item obseruare leges, est bonũ quoddam propter aliud, ut scilicet ciues per leges bene fœliciterq; uiuant. l. 1. ff. de insti. & iur. & in. 10. Ethi. Itẽ reperta est usucapio, ne rerum dominia in incerto essent. In sti. de usucap. §. 1. Sed quæret hic quispiam,

4 quo † nam modo usucapio dicitur bonum, cum auferat rem ab aliquo, & usucapientẽ faciat locupletiorem, alterius quidem detrimento, id quod fieri non debet. l. nã hoc natura. ff. de cond. inde? Sed ei responderi potest, bonum esse, quæpiam non priuari re sua, sed huiusmodi bonum priuatũ appellant: At usucapio est bonum publicum, conseruat. n. concordiam inter ciues. d. l. de usucap. bonum sanè publicum bono priuato maius, atque diuinius est, quamobrem illi præferendum est. Aristo. 1. Ethic. l. unica. §. si C. de cadu. tollen. Est igitur usucapio bonum quoddam commune, & melius, quam priuatum: & ob id præfertur bono priuato. Ex supradictis itaque patet, bonum esse aliquod, per se, aliquod propter aliud, idest ad conseruandum aliud, uel remouendum ab eo contrarium.

Habes itaque breuiter, quid sit bonum per se, nunc quid sit æquum per se, uidendum est. Diuidatur itaque æquum in tres partes, in æquum legale, naturale, & reale quod est in commercijs. Aristo. 5. Ethic.

5 † Aequum legale, est omne id, quod legibus adæquatur, hoc est omne id, quod fit secundum leges. omnia igitur, quæ sunt à lege determinata, æqua legalia appellari licet. 5. Ethic. Aequum naturale, est omne id, quod adæquatur naturæ rationali, seu legi naturæ, ut puta seruare uoluntatem alicuius disponentis de re sua, est æquum naturale. § per traditionẽ. Insti. de rer. diui.

Aequum reale, quod est in commercijs, est medium inter plus, & minus, lucrum, & damnum: ut in. 5. Ethic. & l. iure suecursum. ff. de iur. dot. quo circa, si æquum ualentem quinquaginta, uenderem tibi centum, esset iniquum, si quidem ego essem in lucro, tu uerò in damno: si uerò uenderem decem, esset eodem modo iniquum, cum tu esses in lucro, & ego in damno, at si uẽderem quinquaginta, hoc est quanti ualet, nec pluris, nec minoris, tunc esset æquum, & huiusmodi æquum, est in commercijs. Patet itaque æquum in commercijs, esse medium inter plus, & minus inter lucrum, & damnum. 5. Ethic. & probatur in. d. l. iure succursum. Sed quia difficile est attingere

6 hoc medium, ut in. 2. Ethic. ideirco, † qui parum ab hoc medio, idest à recto ipso, exorbitat, siue ad defectum, siue ad exuperationem se flectat, non est carpendus: qui uerò multum exorbitat à recto, uituperatur: non enim latet excessus, idest uitium, & hoc naturaliter fit, in omnibus uirtutibus. medium enim in uirtutibus, est linea quædã recta idest agere, quando oportet, ubi oportet, pro quibus oportet, & gratia cuius oportet. discedere ab hac linea, est peccare, ut Cice. in Paradoxis suis stoicorum sententia scriptum reliquid.

7 Quamobrem † licet a legibus naturaliter concessum sit, in emendo, & uendendo, quod pluris sit, minoris uendere, quod minoris sit, pluris uendere, & ita inuicem se circumscribere. l. item si pretio. §. fin. ff. loca. tamen hoc intelligendum est, si sine dolo ex proposito id fiat: & si non multum a iusto pretio discedatur. nam

si ultra

si ultra dimidium iusti pretij, esset deceptio, uel supplendum esset iustum pretium, uel contractus rescinderetur.l.2.C. de rescin.uend. Pone igitur pretium anuli esse decem, & ut sit iustum, debet esse medium, inter plus & minus. plus itaque sint decem & octo: minus sint duo: iustum igitur pretium, erunt decem, quia est medium inter octo, & duo, est enim medium proportione arithmetica: qui uendidit ergo decem, erit iustus & æquus, qui uendidit undecim, seu duodecim, usque ad quindecim, idest usque ad dimidium iusti prætij, licet non sit in mera linea recta, idest in iusto pretio, tolerandus tamen est: cum non longè ab ipso recto discesserit: at si sexdecim uenderet, uel pluris quoniam quam longissimè a recto discederet, & ad extremum exuperationis: quod est uitium, accederet, huiusmodi excessus cuique patens, a legibus nō toleratur: & sic è contrariò, & hæc fuit ratio.d.l.2. quam alibi non inuenies. Habes itaque ex his, quid sit æquum in commercijs, & hoc æquum, est species boni, ualet enim, est æquum, ergo bonum per se. Sed quia glos.in.l.1.de iusti. & iur. dicit. quod-
8 dam † esse bonum, & non æquum. ut.l.1.ff. de usucap. quoddam esse æquum & non bonum.ut.C. de pact. conue.l.hac lege. Vt hæc intelligantur, non est ignorandum æquum diuidi in tres partes, ut supra diximus, in æquum scilicet legale, naturale, & reale in commercijs. Si quæratur, an usucapio sit bona? respondetur esse bonū quoddam, propter aliud, ut supra dictum est? Si iterum quæratur, an sit æquum? respōdetur, quod est æquum legale, quia æquatur legi: non tamen est æquum reale, quod est inter damnum, & lucrum. usucapiens enim, est in lucro, dominus autem rei, est in damno, idircò æquum reale, appellari non licet, est enim æquum reale eum neutra pars, nec in dāno, nec in lucro remanet, & in hoc æquo reali, procedit id, quod dicit glos. usucapio enim est bonū: sed nō æquum.s.reale, est tamen æquū legale. Itē si quæratur, an sit aliquod æquum, quod idem non sit bonū? Dicas nullum æquum quin sit bonum, uel propter se, uel propter aliud repetiri. Nō obstat tex. allegatus a glos. nam dicit ibi Imperator, quod bonum esset, res mulieris gubernari a uiro. intellige bonū, propter aliud idest utile ipsis rebus: quasi dicat, quod quē admodum utile est uxorem gubernari a uiro. ut in Oeconomicis Aristotelis habetur, cum ipsa mulier habeat inualidum deliberandi arbitrium, ut ait Aristo.1.Polit.& secundum naturam, masculus est melior, quā
9 fœmina, & † maritus dominatur uxori, etiā secundum naturam. Aristo.1. Polit. quamobrem uxorem gubernari a uiro, est bonum & æquum naturale. Pari modo uidebatur dicendum bonum esse, res uxoris gubernari ab ipso marito, etiam ipsa prohibente, cum mulier (ut diximus) habeat inualidum deliberandi consilium, & ita non uidetur esse prudens, cum prudentia consistat in recto deliberandi iudicio.6. Ethic. si itaque non est prudens, non rectè rebus suis prouidere. cum prudentis sit, bene consultare, circa ea quæ, sunt bona, uel mala sibi, quod a muliere hoc fieri nequit. est itaque bonū idest utile, etiam ea prohibente, res a marito gubernari. Dicit tamen Imperator, ex eo quod legum latores, sunt æquitatis fautores, uolumus maritum nullo modo se immiscere rebus uxoris, ea prohibente, esset enim contra æquitatem, quæ est in commercijs. cum æquitas in commercijs, est medium inter lucrum, & damnum, quamobrem quando una pars est in damno, tunc non est æquum: sed mulier, si ea prohibente, maritus posset eius res administrare, esset in damno, ergo &c. Quod autē esset in dāno, probatur. dicitur enim quis esse in damno, quādo aliquid sit in re sua eo initio, etiam si res fieret melior.l. si.ff. de usu. & habi. Et sic est iniquum, quod hoc modo se immisceat. A contrario igitur sensu, si maritus dictis rebus non immisceat, est æquum: intellige æquū reale. si hoc modo æquum, ergo bonum. nam si æquum est medium, inter duo extrema, idest inter plus & minus, & duo extrema sunt mala, quia sunt uitia, sequitur necessariò, id quod est medium, inter duo extrema, idest ipsum æquum, esse bonum, cum sit iustum, quod nullo modo potest esse malū: & hoc æquum, quod est etiam bonum per se, cum sit iustum, præfertur illi bono utili, in rebus uxoris, quod bonum non est æquū,

ratio, quia illa utilitas rerum, dicitur esse quodam modo damnum ipsi mulieri, ut.d. l. fi.ff. de usu. & habi. Et ex his apparet, nullum esse æquum, quin sit bonum: sed bene reperitur bonũ reale utile, quod non potest dici æquum, ut in d.l. hac lege.

Vidimus igitur, quid sit bonum per se; & quid æquum per se: superest ut uideamus quid sit bonum, & æquum simul, unde est sciendum, quod iustum, aliud est naturale, aliud legitimum. de naturali supra dictum est. Legitimum autem est, quod a lege est determinatum. bonum ergo & æquum iusto naturali continetur, & est melius, præstabiliusque iusto, seu bono legitimo. quam

10 obrem † bonum, & æquum, nihil aliud est, nisi emendatio legitimi, seu legalis iusti, in ea parte, qua deficit: cum igitur, lex omnis sit uniuersalis, fieri non potest, ut de quibusdam in uniuersalibus, rectè dicatur. uniuersali enim sermone, non possunt omnes articuli comprehendi.l. non possunt.ff. de legi. In quibus igitur lex in uniuersum loquitur, in his id accipit, quod plerunque fieri solet, nõ ignorans in aliquibus esse peccatum.l.nam ad ea, eo.tit.de legi.& licet in aliquo casu, lex peccet, est tamen recta: peccatum enim, non est in lege, nec in legislatore, sed in ipsa rei natura. materia.n. actionum, operationumque hominum, est adeò uaria, ut sub una lege uniuersali, non possint omnes casus comprehendi, sufficit, ut hi cõprehendantur, qui frequẽtiores sunt.d.l.nã ad ea. Cũ igitur lex in uniuersum loquatur, si quis casus euenerit, in ea non comprehensus, tunc rectè se se habet, ut ea ex parte, qua legis, lator omisit, & peccauit, uniuersaliter loquendo, emendet defectus, quod & ipse legislator, si adesset, utique faceret, & si a primo præsciuisset, hunc casum in lege inclusisset, licet non ignorauerit, se peccasse condendo legem uniuersale, tamen ignorabat, qui casus euenire posset, qui in lege non comprehendetetur. Exemplum, in ciuitate aliqua, si statutum fuisset, ne Peregrini ascenderẽt muros ciuitatis, ea ratione, ne possint dominium ciuitatis usurpare. ecce lex uniuersalis. euenit casus, quo peregrini ascendẽtes muros ciuitatis, defenderunt eam ab hostibus, illã inuadentibus, accusantur rei capitis: ex lege quidẽ puniendi erãt, sed indignum erat, eos puniri, esset enim contra ius naturale, ut benefacientes, pœna afficiantur, cum benefacienti, beneficium tribuẽdum sit.l. sed si lege.§. consuluit. ff.de peti.hæred. in hoc igitur casu, prouidet bonum, & æquum, emendatque legem uniuersalẽ, in eo casu, quo peccauit. Est ita-

11 que † natura ipsius boni, & æqui, emendatio legis, ex ea parte, qua deficit, ob uniuersalem sermonem cum non possint omnia lege comprehendi. huiusmodi autem bono, & æquo, prætor ubique usus est, in emendãdo, adiuuando, corrigendoque ius ciuile, ob publicam utilitatem: ut in.l. ius autem. de iusti.& iur. Et de hoc loquitur tex.in.l. si me & Titium.ff si cert.pet. Et ita intelliguntur omnes leges, in quibus fit mentio boni & æqui coniunctim. hæc omnia colliguntur in.5. Ethic. unde iureconsulti mutuati sunt.

Summarium

1 *Ars, quid sit.*
2 *Materia artis iuris, sunt homines.*
3 *Medium duplex.*
4 *Virtutis diffinitio.*
5 *Prudentiæ diffinitio.*
6 *Consultatio prudentis in quibus uersatur.*
7 *Prudens qui dicatur.*

XXIX. DECLARATIO quare ius appellatur.

Sed iam deueniendum est ad alia, & quia dictum est, quod ius est ars, uidendum est, quid sit ars? ars † est habitus

1 faciendi, uera cum ratione, ut in.5. Ethic. habetur. Et est sciendũ, in omni re, esse nimium, & paũ, & mediũ, seu mediocritatẽ. medium autem appellatur, quod est inter exuperationem, & defectum, seu inter nimium & parum. ad hoc igitur medium artifices respicientes, & ad illud opera sua redigentes, illa bona efficiunt: unde dici solet, in his operibus quæ bene se se habent, nec demi quicquam, nec addi posse, nam si sutor faceret calceos nimis longos, aut curtos, non esset eius opus bonum: si uerò teneret medium inter nimium & parum, calcei pedibus quadrarent, & ita opus esset bonum.

num, hanc ob causam dici solet, quod nimium. & parum corrumpunt bonum: mediocritas autem, conseruat ipsum. Et hinc est, quod dicitur, artem esse habitum faciendi uera cum ratione: uera enim ratio uersatur in inueniendo medio, in quo bonitas operis consistit. hæc ex Arist. in. 3. Ethi. Et quia ars est habitus faciendi. facere. n. dicitur quis, cum eius operatio transit in materiam exteriorem: quamobrem artifex eget materia, in qua faciat bonum opus suũ, ut puta sutor eget pellibus, faber lignarius tabulis & lignis. Cum igitur ius sit ars, sequitur, ut sit habitus faciendi, uera cum ratione: sed non est habitus faciendi caleeos neque uestes: erit itaque habitus faciendi bonum, & æquum seu diuisim seu coniunctim. eget etiam materia, in qua faciat suũ
2 opus. † materia autem non erunt pelles, aut ligna, sed ipsi homines, uoluntas enim legum latoris est, facere bonos ciues, ut inquit Aristo in 6. Ethic. & Iureconf. in. l. 1. ff. de iusti. & iur. bonos enim inquit, non solum metu pœnarum, uerum præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes. Sunt itaque materia iuris, homines ipsi, uerum quia homo, diuiditur in duas partes, in exteriorem hominem, quod est ipsum corpus, & interiorem, quod est mens ipsa. mens enim, ut inquit philosophus in 10. Ethic. maxime est homo: hunc igitur interiorem hominem, legum latores cupiunt bonum efficere: hine colligi potest, facultatem ciuilem, multò esse præstabiliorem ipsa medicina, cum medicina quærat bonũ corporis, & hominis exterioris, facultas autem ciuilis, bonum mentis, & quanto mens est nobilior corpore (est enim quoddam diuinum ad ipsum hominem, ut in 10. Ethi.) tanto facultas ciuilis, est præstabilior, atque diuinior ipsa medicina: quin hæc facultas, uidetur cæteris alijs sententiis dominari, hæc enim quas scientias in ciuitatibus esse, & quales quemque discere, & quousque oporteat instituere solet. Præterea artem oratoriam, & rei militaris facultatem, quæ solent summis affici honoribus, huic facultati ciuili subesse uidemus. & Aristo. in. 1. Ethic. ait facultatem ciuilem, esse honorabiliorem, & præstabiliorem medicina.

Sed iam reuocanda est oratio, ad rem ipsam, & uidendum est, quo nam pacto, ius faciat bonos homines. sciendum est, quemadmodum sagittarij proponunt sibi signum ad quod dirigant sagittas, ut ex illo cognoscatur, quis eorum sit melior sagittarius, ille enim habetur melior, quis magis proximè ad signum accedit. ita, & in uita humana, oportet constituere signum aliquod, seu finem, ad quem homines suas dirigant actiones. hic autem finis, erit bonum humanum, ut in. 1. Ethic & hoc bonum, consistit in medio, medium enim optimum est, & laudatur, & in omni re, tenendum est. not. Bar. in Aut. ut Iudi. si quo suff. §. scriptum. & est tex. in. l. si bene. ff. de usu. Sed notandum
3 est, quod † aliud est medium in re diuisibili, aliud in actionibus humanis. medium. n. in re, est id, quod ab utroque extremo, æquè distat, secundum philos. in 2. de fur. res diuidenda est, in duodecim partes. exempli gratia, Platea diuidatur, in duodecim partes, prima pars erit principium. duodecima erit finis, totum reliquum, est mediũ. Sed hoc uidetur aduersari Aristo. dum ait, quod mediũ est, quod æq; ab utroq; extremo distant. Et ideo dicas, in fundo, seu quali bet alia re diuisibili, reperiri duo extrema tã quã duo puncta, aliud punctũ ponatur inter utrunq; extremum, ita ut æquè ab utroq; distet. medium ergo rei, erit illud medium punctum. iterum pars illa, quæ est inter medium punctum, & extremum in duas diuidatur partes, & illa pars quæ est proxima puncto medio attribuatur medio, altera uerò pars, quæ est proxima extremo, tribuenda est extremo puncto. quicquid igitur fit in parte puncto medio proxima dicatur in medio rei fieri: quod uerò fit in parte punctis extremis uicina, id in principio, seu in fine rei effici dicendum est. & per hanc nostram diuisionem, tu poteris rectè intelligere, quid dicatur medium in officijs, alijsque rebus. & hæc de medio rei. Mediũ autem in actionibus humanis, id dicitur esse, quod est inter nimium, & parum: interque exuperationem, & defectum, ut in. 5. Ethic. nimium uerò, & parum, seu exuperatio, & defectus uitio ascribuntur Hanc ob causam qui in his extremis uersatur, reprehenditur

hendi‑tur, diciturque uitiosus, medium certè ipsum, seu mediocritas ipsa, uirtuti, ascribitur, & qui in hoc medio uersatur, uerè laudatur, dicetur itaque studiosus, seu uirtute prædıtus. hinc illud, medium tenuere beati. & illud ignorant stolidi, quam sit dimidium plus toto. dimidium plus toto est ipsa uirtus. plus enim est dimidium per se, quã totum in toto enim, comprehenduntur duo extrema, quæ sunt uitiosa, medium autem ipsum totum, erit rectum, atque studiosum. habes ergo declaratum, illud Gellj Enigma, dimidium plus toto. Erit itaque dif
4 fin tio ui tutis huiusmodi, † Virtus est habitus electiuus, in mediocritate consistens, ea quæ est ad nos, diffinita ratione, ut diffinierit ipse prudens. Virtus igitur consistit non in medio rei, sed in medio actionũ, quod medium solus prudens recta cum ratione inuenire potest: quo circa legum lator cupiens ciues, ad hoc medium adducere, & ita eos bonos efficere. l. 1. ff. de iusti.
5 & iur. debet habere iuris prudentiam. † Prudentia uerò, est habitus agendi, uera cum ratione, circa ea, quæ sunt homini bona, atq; mala. Et propriè prudentis est, bene consultare. consultare enim, est aliquod quærere, ut in 6. Ethic. & postquam consultauerit atque inuenerit, iudicare, deinde perficere consultatio autem, non est de finibus, sed de his, quæ ad finem ipsum perducunt. Item consultatio non est de præteritis, neque de præsentibus, sed de futuris. & de his futuris, quæ possint aliter se habere, possuntque a consultante fieri: & ob id nemo consultat, an cras oriatur sol, quia licet sit futurum, necessario tamen futurum est. Consultat itaque prudens de rebus futuris, quæ incertæ sunt, quo nam modo eueniant. proposito igitur aliquo fine appetibili consultat prudens, quemadmodum & per quæ me
6 dia, possit illum attingere. † consultare enim nil aliud est, quam media inquirere: postquam autem inuenerit media, succedit sagacitas, hoc est iudicium de consiliatis: post iudicium, succedit electio, per quam eligimus, & appetimus id, quod iudicium affert esse bonum. electio enim est, appetitio desideratiua earum, quæ nostra sunt in potestate. & hinc habemus titulũ illum de iur. delibe. hæres enim consultat, an sit adeunda hæreditas. & qui bene consultat, rectè deliberat, Aristo. in 6. Ethic. bona consultatio est, qua quis attingit finem, ut oportet, & cum oportet, secundum ipsam rationem conducentis, idest utilitatis, quod autem cæteris ex consultatione prætulimus, id eligimus. 3. Ethic. Facta itaque electione, succedit Prudentia, quæ præcipit fieri id, quod est electum: actio autem id perficit. hoc enim ordine procedit prudens, ut habetur in 6. & 3. Ethic. & per Bar. in tract.
7 testimo. Adde quòd † non potest dici prudens, nisi is, qui longo usu, habet rerum notitiam: hoc est quod dicit iureconsf. in l. iustitia. ff. de iusti. & iur.

Summarium.

1 *Iuris prudentia quid sit.*
2 *Finis Reipub. est bonum humanum.*
3 *Prudentia duplex.*
4 *Præcepta iuris tria. & cur?*
5 *Appetitus sensitiui, & uoluntas hominum in quibus uersentur.*
6 *Honestum quid.*
Pulchritudo duplex.
7 *Temperantia in quibus uersetur.*
8 *Vir fort is in quibus uersetur.*
9 *Iracundus, mansuetus, & fortis, quis sit.*
10 *Iustitia diffinitio.*
11 *Septies in die cadit iustus. & nu. 13.*
12 *Studiosus quis dicatur.*
14 *Iustitia duplex.*
15 *Iustitia legalis omnes continet uirtutes.*
16 *Iustitia, pars uirtutum appellata, duplex.*
17 *Iustitia est inter plus, & minus, & medium.*

XXX. DECLARATIO, L. iustitia. ff. de iusti. & iur.

1 IVris † prudentia inquit, est diuinarum atque humanarum rerum notitia: prudens enim dicitur habere, notitiam rerum humanarum, & diuinarum, cum sit in uita actiua: & dicitur esse in his expertus, cum de eis sit consulturus, & iudicaturus; quisque enim bene iudicat ea, quæ cognoscit. 1. Ethicor. hic itaque iuris prudens, præponit

2 ponit † finem rei publicæ suæ, qui finis est bonum humanum, ut in. 1. Ethicor. & concordia inter ciues. concordia enim continet, & conseruat ciuitates. & legum latores circa concordiam, maxime student, hanc esse inter ciues summopere affectant: seditionem uerò, ut inimicitiam, maximè expellunt. si enim ciues essent concordes, & amici, non esset opus aliqua iustitia. hæc ex. 8. Ethico. unde Salustius. concordia minimæ res crescunt, discordia maximæ dilabuntur. Et ob hanc concordiam conseruandam, tanquam bonum commune inter alia, legum latores introduxerunt usucapionem, ut. l. 1. ff. de usucap. & supradictum est. Adde quod pru-
3 dentia est duplex. † una, qui est habitus, quo quis est aptus consulrare circa ea, quæ sibi ipsi sunt bona, ac prosunt. altera est ciuilis, qua quis est idoneus, ad consultandum circa ea, quæ sunt bona toti ciuitati, eique prosunt. is enim uult facere bonos ciues, ac eos dirigere ad consequendum bonum, quod est commune, ultque toti prodesse ciuitati, uerum qui alios eruditurus est, debet eius rei notitiam habere. quisque enim in unaquaque re, bene iudicat, qui in illa est eruditus. 1. Ethicor. Cum igitur iuris prudens, sit daturus præcepta, quibus instruat ciues, quo nam modo se se in rebus ac commercijs humanis habituri sint, necessario oportet eum habere rerum humanarum notitiam. & quia ad communem bonum ciuitatis inter alia requiritur, ut in ea sit religio erga Deos, ut igitur iuris prudens possit ostendere ciuibus, quo ritu possint colere Deos, necesse est, ut habeat rerum diuinarum notitiam. debet Iuris prudens, separare æquum ab iniquo, licitum ab illicito. l. 1. ff. de iusti. & iur. & propterea debet habere iusti, atque iniusti scientiam. d. l. iustitia. §. Iuris prudentia. & accipias illam dictionem iuris, passiue, non actiue. quamobrem, ut legum lator dirigat ciues suos ad hoc bonum, necesse est ut efficiat eos bonos: mali enim non possunt bonum finem attingere.

Proposuit itaque tria præcepta, qui-
4 bus seruatis ciues efficiuntur boni. † præcepta autem sunt hæc honestè uiuere, alterum non lædere, & ius suum unicuique tribuere. d. l. iustitia. ff. de iusti. & iur. Vnde quæritur, quamobrem tria præcepta, nec plura, nec pauciora proposita sint, ciuibus obseruanda? Respondetur, quod cum legum lator quærat facere bonos ciues: id quod solum uirtutibus moralibus fieri potest, quæ aut sunt in appetitu sen-
5 sitiuo, aut in uoluntate. † Appetitus autem sensitiui duæ sunt partes: concupiscibilis scilicet, & irascibilis. concupiscibilis, est uis imperans motum, ut appropinquetur ad ea, quæ sunt necessaria, & utilia, & hoc appetitu delectandi. Irascibilis est uis imperans motum, ad repellendum id, quod est noxium, & destructiuum, & hoc appetitu uincendi & ulciscendi. In concupiscibili, sunt omnes affectus, seu uoluptates, quæ aliquo ex quinque sensibus, percipi possunt, ut puta uoluptas, quæ capitur uisu, auditu, tactu uenereo, gustuque ciborum, in irascibili sunt alij affectus, qui non percipiuntur, aliquo ex quinque sensibus, ut odium, timor, inimicitia, & huiusmodi In uoluntate, sunt operationes, seu actus humani, qui tractantur inter homines, ut igitur ciues bene se habeant, circa affectum concupiscentiæ, debet obseruare primum præceptum, quod est honestè uiuere, quod præcipue pertinet, ad temperantiam.

Sed posset quispiam dicere, hæc præcepta sunt superflua. sufficiebat enim unū, hoc est honestè uiuere: honestum enim est fons, & origo omnium uirtutū, ut Cic. ait in. 1. offic. & qui alterum non lædit, honestè uiuit: & qui ius suum unicuique tribuit, etiam honestè uiuit, & sic primum sufficiebat. Sed responde, secundum S. Thom. in. 2. q. 145.
6 quod † honestum dicitur quasi honoris status. & omne id, quod est dignum honore dicitur honestum. & id dicitur honestum, quod per se appetitur, & est idem quod decorum, & pulchrum. Pulchritudo est duplex, alia corporalis, alia spiritualis actionis. pulchritudo corporis, in hoc consistit, quòd homo habeat membra corporis bene proportionata, cum quadam debiti coloris claritate. Pulchritudo autem spiritualis in hoc uim habet, ut operatio hominis, seu actio

actio, sit bene proportionata, secundum spiritualem rationis claritatem, hoc est secundum rectam rationem, & hoc pertinet ad honestum. erit itaque honestum, & pulchritudo spiritualis, idem. Pulchritudo autẽ opponitur turpi. illud ergo quod reijcit ab homine id quod est turpissimum, uti sunt animæ uoluptates uenereæ, quæ sunt homini cum belluis communes, propriè dicitur honestum, pulchrumque hominis. uoluptates autem uenereas sola temperantia reijcit, hanc ob causam dum legum lator admonet honestè uiuere, accipit honestum in specie, & non in genere, & perinde est ac si dixisset temperatè uiuere. Item ut ciues rectè se habeant, circa secundum præceptũ debent obseruare fortitudinem, seu mansuetudinem, quæ circa iram moderandam, uersatur. Item, ut homines habeant rectam uoluntatem, debent bene sese habere circa iustitiam, quæ est, ut diximus, in uoluntate. 5. Ethic. est enim iustitia secundũ Philos. habitus, quo homines agunt iusta, & uolunt iusta. quod autem sit in uoluntate, patet ex eius diffinitione, cum sit constans, & perpetua uoluntas, ut Insti. de iust. & iur. in princ. ex his igitur tribus præceptis, omne ius, omnesq; leges pendent.

Et quoniam primum præceptum consistit in temperantia, uidendum est quid sit temperantia, & quo modo homines fiunt
7 temperantes. † Temperantia sanè est uirtus, quæ uersatur circa uoluptates: quæ sunt aliæ corporis, aliæ animæ. animæ uoluptates, sunt honores, & quæ contemplando percipiuntur: & in his temperantia non uersatur, nec in uoluptatibus quæ ex fabulis audiendis, alijsq; narrationibus, seu uerbis proficiscuntur: sed uersatur, circa corporis uoluptates, non tamen circa omnes. qui enim gaudent rebus quæ uisu percipiuntur, ut coloribus, figuris, pictura, nec temperantes nec intemperantes dicuntur, nec etiam temperantia est in rebus, quæ auditu, uel olfactu sentiuntur: uersatur itaque temperantia, & intemperantia, circa uoluptates, quæ tactu percipiuntur, idest circa uenereas uoluptates, quæ seruiles, atque ferinæ uidentur. Hæ igitur uoluptates, maximè impellunt homines ad delinquendum. ex his, inter homines discordiæ, rixæ, conuitiaque nascuntur: uidelicet, quando capiuntur ubi non oportet, cum quibus non oportet, & gratia cuius non oportet. nam & in uoluptatibus, sicut & in alijs, est exuperatio, defectus & medium. hæc ex 3. Ethic. Quamobrem legumlatores conati sunt homines ab hac exuperatione metu pœnæ remouere. plerunque enim multitudo necessitati, & pœnis, potiusquam rationi paret. ut 10. Ethico. hinc conditæ sunt leges de adulterijs, stupris, de raptu, incestu, sacrilegijsque coercendis. ut in tit. de adulte. de rapt. uirg.

Sed quoniam uti uenereis uoluptatibus, ut recta ratio dictat, idest ubi oportet, & cũ quibus oportet, hoc est cum uxore, & gratia cuius oportet, hoc est prolis procreandæ gratia, est uirtus, & reipub. interest: & ut homines, in hoc medio contineantur, scriptæ sunt leges, à legũlatoribus, de rit. nupt. de spon. de iur. dot. de dona. inter uir. & uxor. de pact. dot. &c. Et licet defectus, sit uitium, tamen quia ferè nemo est, seu pauci admodum sunt, qui in huiusmodi uoluptatibus deficiant, idcirco de hoc uitio, nullæ sunt conditæ leges. leges enim ad ea, quæ frequenter accidunt aptari debent. l. nam ad ea. ff. de legi. omnes itaque supradictæ leges, ex primo præcepto, hoc est honestè uiuere deductæ sunt.

Succedit deinceps, secundum præceptũ, quod est alterum non lædere: quo homines redduntur boni circa affectus, qui in irascibili existunt, & præcipuè circa iram, & circa timores, & fiducias, in quibus etiam est exuperatio, & defectus, ac mediocritas. is enim qui in non timendo exuperat, nacat nomine, sed dici potest insanus: qui uerò in audendo excedit, audax appellandus est: is uerò, qui timendo exuperat, & deficit in confidendo, timidus appellatur. at qui timet, uel audet, ubi oportet, & quando oportet, & gratia cuius oportet, hoc est honestatis, is propriè dicitur fortis. fortis enim quæ timenda sunt, timet: ubi autem est honestum subire pericula, quia turpè est non
8 subire. Versatur † itaque uir fortis, circa terribilia. & quia mors est omniũ terribilius, est enim ultimum uitæ, circa hanc igitur, uir fortis bene se se habet, non tamen circa eam

ea eam mortem, quæ fit in mari, aut in morbis, sed circa eam, quæ est pulcherrima, talis autem ea est, quæ fit in bello. hæc ex. 3. Ethic. unde præcipit legum lator, ut milites rei publicæ, bene se se habeant, circa timores, & fiducias. ne deserant locũ in acie, ne fugiant, aut arma abijciant, læderent. n. rem publicam, si huiusmodi turpia facerẽt. & ex hoc præcepto, emanarunt leges omnes de re mil. ff.

Est etiam in ira exuperatio, & defectus,
6 & mediocritas. Exuperatio † iracundiæ, dici, potest, in qua uersatur is, qui irascitur, quando non oportet, & ut non oportet, & gratia cuius non oportet. hinc plerunque nascuntur iniuriæ, & contumeliæ: quæ animaduertens legumlator, ut ciues ab hoc uitio arceret condidit leges de iniurijs, & famosis libellis, legis Aquiliæ, & leges sub tit. ad. l. cor. de sica. de parri. de ui pub. de ui pri. un. ui. quod met. cau. & de pæn. Mediocritas autem circa iram, est uirtus. nam qui irascitur, ut recta ratio dictat, pro quibus oportet, & quibus oportet cũ oportet, quanto oportet in tempore, & gratia honestatus, is mansuetus appellatur. hinc leges permittunt dominis, parentibus, & magistris, castigare seruos, filios, ac discipulos: ut de patr. pot. de emen. ser. de emen. propin. C. in ut quis posset alterum ob defensionem suam, rerumque suarum moderatè offendere. l. ut uim. ff. de iusti. & iur. in. l. scientia. ad. l. aquil. l. 1. C. un. ui. Defectus uerò uocatur iræ uacuitas, quæ est etiam uitium. qui enim non irascitur, ut oportet, & cum quibus oportet, fatuus est: nam neque sentire, neque dolere uidetur. & qui non irascitur, non est aptus ad ulciscendum: ut igitur legumlator homines ab hoc uitio remoueret constitutæ sunt leges quæ sunt positæ sub tit. ad sillen. ff. hæc habentur. 4. Ethic.

Iam de ultimo præcepto differẽdum est, quod est ius suum unicuique tribuere. hoc enim præcepto, homines efficiuntur boni, circa operationes humanas, quæ sunt inter
10 homines: in quo præcepto continetur † iustitia, quæ est constans, & perpetua uoluntas, ius suum unicuique tribuens. Insti. de iusti. & iur. ut diffinitio hæc planè intelligatur, singula eius uerba consideranda sunt.

Est igitur sciendum, quamlibet uirtutem in ea potentia animæ, esse ponẽdã, cuius actus à uirtute ipsa rectus efficitur. Tẽperantia. n. collocatur in concupiscibili appetitu, eo quòd eius actus rectos facit circa delectationes, & tristitias. Fortitudo in appetitu irascibili, sita est: iccirco actus, huiusmodi potentiæ rectos circa timores, & audacias reddit ut abũdè superius in. 1. præcepto dictum est. At iustitia est in appetitu intellectiuo, idest in uolũtate. Iustitia enim tam legalis, quam particularis, est ad alterum, & non ad se ipsum: Et ob id appellari solet bonũ alienum. ut in. 5. Ethic. hæc enim æqualitatem in commercijs humanis conseruat. Est etiam sciendum, eum qui non spontè, nec libera uoluntate, agit iusta siue iniusta, nec iustum, nec iniustũ, dicendum esse. nam si quispiam depositum inuitus reddat, licet faciat id, quod re ipsa iustum est, ipse tamen non potest iustus appellari, cum non sponte id egerit, per accidens tamen iustus dicetur. ut in. 5. Ethic. & Cicero. 1. offi. ait, hoc ipsum ita iustum est, quod rectè fit, si est uolũtarium. ex his apparet, iustitiam esse, rectũ habitum uoluntatis, seu actum uoluntariũ. hanc ob causam Imperator dixit, iustitiam esse uoluntatem, idest habitum uoluntatis, seu uoluntarium actum. hinc Philo. in. 5. Ethic. ait, iustitiam esse habitum, quo homines acti sunt, ad res iustas agendas, & quo agunt, & uolunt iusta.

Neque obstat, quod illa uerbam in diffinitione, posita secundum glos. in. d. l. iustitia. essent reiicienda, cum homini conueni
11 re, minime possint, scriptum est enim, † septies in die iustum cadere, & sic non potest esse constans uoluntas, nec etiã perpetua, secũdum glos. cum nihil sit ita stabile, quin patiatur mutationẽ, ut inquit ipsa. Sed hæc glos. interpretatio recipienda non est. reprehendit enim Iureconsul. ac Imperatorem superfluitatis. Vnde ut huiusmodi uerba in
12 telligantur, est sciendum, † ad hoc ut aliquis dicatur studiosus, requiri, ut sciens, & eligens, & eligens propter ipsum, & firmo animo, ac immutabili, agat. 2. Ethic. sciens inquam, dixit, nam si quispiam redderet depositum ignorans, non esset profectò iustus. dixit eligens, scilicet ut spontè,

H id faciat.

id faciat. si enim inuitus redderet depositū, non esset iustus. Item dum dicitur, eligens propter ipsum, ostenditur quod quis debet agere iustum. eò quia est iustum, & non ob aliam rem. nam si quispiam redderet depositum, propter lucrum, uel propter inanem gloriam, non esset iustus, ut in. 5. Ethic. & dū dicit, firmo animo, significatur habitus ipsius uirtutis, & est perinde ac, si diceret, quod studiosus, non debet ab operatione uirtutis, nec à perturbatione animi sui, nec ab aliquo exteriori impedimento remoueri. Et ex his intelliguntur uerba diffinitionis. nam dum inquit, est perpetua uoluntas: uult ostendere hominem iustum, habiturum firmum animum, & perpetuum. perpetuum inquam, idest dum uiuit: ita enim hæc appellatio perpetuum apud Iureconsultos capi solet. l. 2. ff. pro socio perpetuum inquam animum agendi, operādique res iustas. non enim sufficit, quod in eo sit huiusmodi uoluntas uno die. nam sicut una hirundo non facit uer. sic una operatio iusti, non facit hominem iustum. debet etiam perseuerare in ea uoluntate, & ideo in diffinitione, dicitur, constans, constans enim appellatur uoluntas, quæ resistit perturbationibus, & alij exterioribus impedimentis: ne à suo recto proposito dimoueatur.

13 Nec obstet † quod septies in die cadat iustus, non enim habens habitum iustitiæ, cadit ab ipso habitu. cum non sit facilè mobilis: uerum quia non semper occurrit opera ri iusta, poterit interim cadere in aliquod fortasse uenialis peccati, quod per se non est mortale, secundum Theologos, nec moralibus uirtutibus aduersatur. non tamen ob id iustus dimouetur a suo proposito, operari iusta perpetuò, dum occurrit, perpetuò idest dum uiuet. Non obstat dum dicit glos. nihil esse stabile in uita, uoluntas enim quæ est æterna, potest esse stabilis, & firma in eodem habitu, & proposito, cum sit libera, nec ulla ui possit cogi, & est immortalis, & sic perpetua: ille enim habitus etiam post mortem durat. expone igitur perpetua dum uiuit. Intelligatur itaque diffinitio de iustitia humana, non autem de diuina, ut glos. & alij tenent.

Superest, ut declaremus uerba illa, ius suum unicuique tribuens. pro quorum in-
14 telligentia, sciendum est, † Iustitiam esse duplicem, una est, quæ ciuilis, seu legalis appellatur, quæ non est aliqua uirtus particularis, sed est tota uirtus. lex enim cupiens efficere bonos ciues, uult eos per omnem uirtutem, dirigere ad finem facultatis ciuilis, hoc est ad bonum ciuitatis, quod est bonum humanū, seu commune, ut in. 1. Ethic. ut igitur conseruetur utilitas ciuitatis, lex præcipit ea agere, quæ ad uirum pertinent fortem. ut non deserere locum in acie, non fugere, non abijcere arma, ut in tot. tit. de re mil. ff. Item ea, quæ sunt temperantiæ, ut non committere adulterium nec uti libidine sine recta ratione, ut patet in tit. de adul. & de rap. uirg. Præcipit etiam ea, quæ sunt mansueti, ut non pulsare, non conuitia dicere, ut in tit. de iniur. & ad. l. cor. de sica. & idem in cæteris uirtutibus, atque uitijs, alia iubens, alia uetans, ut efficiat bonos ciues,

15 Ex his patet, † iustitiam legalem complecti omnem uirtutem. Vnde prouerbio dici consuetum est, [iustitia in sese uirtutes continet omnes.] iustitia scilicet, legalis, qui ergo facit ea, quæ legalis hæc iustitia præcipit, iustus dicitur. omnia enim quæ sunt a lege diffinita, dicuntur legitima, & iusta. hinc Iureconsi. in. l. 3. §. de illo. ff pro socio. inquit. iustam hæreditatem eam esse, quæ ab intestato prouenit, quæ etiam legitima dicitur: propterea quod determinatum est a lege, ad quem ea deferenda sit ab intestato. quæ uerò ex testamento defertur, potest etiam dici legitima, confirmatione. lex enim eam confirmat. l. lege obuenire. ff. de uerb. sig. Sed quia, uerba contrahentium, debent intelligi de actu immediato, priusquā de mediato. ut not. Bar. in. d. §. de illo. iccirco quando a contrahentibus fit mentio iustæ, seu legitimæ hæreditatis, intelligendū est de ea, quæ defertur ab intestato. Hæc itaque iustitia legalis, quæ est ut dixi, tota uirtus, appellatur bonum alienum. nam is, qui eam habet, nō solum ad se, sed ad alios ea uti solet, & hæc est in Præsidibus.

16 Est altera † iustitia, quæ non est tota uirtus, ut prima, sed est pars uirtutum. & hæc in duas diuiditur partes, altera est distributiua, altera commutatiua. Distributiua est,

ua est, quæ honores, & pecuniam publicã, inter suos ciues pro dignitate, proque meritis distribuit. de quo in tit. de muner. & hono. Commutatiua uerò iustitia, consistit in seruanda æqualitate in commercijs hominum. commercia autem, quædam fiunt spõte, ut emptio, uenditio, locatio, conductio, & depositum, & huiusmodi: quæ ob id fieri, sponte dicuntur, quod principium ipsorum sponte procedit: & quædam fiunt inuitis hominibus. horum quædam sunt clandestina, ut furtum, & adulterium, cædes cum dolo. quædam uiolenta, ut uerberatio, rapinæ conuitium, & cætera huiusmodi. in omnibus ergo his, iustitia commutatiua coniectat æqualitatem. Sciri autem oportet, quod † sicut in alijs uirtutibus, est nimium & parum, & mediocritas, ut superius dictum est, ita in hac, sunt duo extrema, plus, & minus. plus est lucrum: minus autem damnum. Et ut clarius hæc pateant, tale sit exemplum. Sint duo, quorum uterque habeat in bonis centum, horum alter, inter alia bona, habeat æquum ualentem uiginti: is, si eum uendat, tradatque alteri, remanebunt in bonis eius octuaginta, & sic minus habebit in bonis, quàm a principio habebat: ille uerò, cui æquus uenditus est, tradito ei æquo, habebit centum & uiginti, habebit itaque lucrum. at si idem, accepto æquo, pretium idest uiginti tradat uenditori remanebunt sibi computato æquo, centum in bonis, ut a principio habebat, uenditor etiam acceptis uiginti, illisque cõputatis in bonis, habebit centum ut prius: quamobrem neuter nec in damno, nec in lucro existit, & quando homines neque in damno, neque in lucro sunt, & neque plus, neque minus habent, quam a principio habebant, sua se habere inquiunt, quia neque damnum, neque lucrum patiuntur. sed inter eos est æqualitas. Habitus ergo, qui facit talem æqualitatem, uocatur iustitia, quæ in commercijs, reijciens plus, & minus, idest lucrum & damnum, cuique contrahentium æquum, seu iustum suum tribuit. l. bona fides. ff. dep. & ita illa uerba, posita in diffinitione iustitiæ intelliguntur, scilicet ius suum unicuique tribuens, id est æquum & iustum suum. At si is, cui traditus est æquus, nolit soluere pretium, & sic inter contrahentes nascatur controuersia uenditor ibit ad iudicem, qui dicitur iustum animatum, coramque eo aget. iudex autem sententia sua condemnabit, cogetque emptorem, soluere pretium, & sic rediget rem ad æqualitatem, & quisque habebit æquum suum, & consequenter, suum ius. Hæc omnia supradicta diligens lector colliget ex. 5. Ethic. Nihil itaque in re publ. utilius constitui potest quam ut suum quisque habeat: unde Cic. in. 3. offic. ait, in primis uidendum erit ei, qui rem pub. administrabit, ut suum quisque teneat.

(margin: 17 beside "tet, quod † sicut")

Summarium.

1 *Sacerdos quis, & unde dicatur.*
2 *Iurisconsulti iustitiam Deam colebant.*
3 *Filosophia uera iurisconsulti quæ.*
Moralis filosophia duplex.
4 *Utrum iustũ a iustitia, uel è contra deriuetur.*
5 *Iustum est a lege seu natura determinatum. idem iniustum. num. 6.*
7 *Ius dictio in diffinitionibus positum. est ordinatio ciuitatis.*
8 *Item & quando dicitur consistere in iure.*
9 *Iustitia imago.*

XXXI. DECLARATIO QVARE Iurisc. appellantur sacerdotes.

QVæret hic quispiam, quare Iurisconsulti appellantur sacerdotes: breuiter dicas, † sacerdotem esse qui alicui Deo dedicatus est, dictus a sacris, & apud Romanos ante aduentum Christi, uarij erant sacerdotes, sicut uarij ab eis colebantur Dei, qui a Varrone enumerantur, inter quos erat Dea iustitia, quæ etiam Astræa appellabatur, dicebant enim, eam fuisse Astræi Gigantis filiam. unde Ouidius.
Vltima cælestium terras Astræa reliquit.
2 Hanc † Deam iureconsulti colebant, eiusque sacra administrabant, diuidentes æquum ab iniquo, & licitum ab illicito. l. 1. ff. de iusti. & iur. ob hoc igitur sacerdotes iustitiæ uocati sunt. Iterum posset quis quærere, quid sibi uelint illa uerba in. d. l. 1.
3 † ueram ni fallor philosophiam affectantes? Respondetur, quod Iurisconsulti, seu legum la-

3 gum latoris † uoluntas est, efficere bonos ciues, ut efficiant bonam rempublicam, ut inquit philo in.2. Ethic. & habetur in.d.l. 1.boni autem ciues, nulla alia re effici possunt, quam morali philosophia: Hæc autem in duas partes diuiditur, una est, quæ consistit in scientia quam si qui habent, solū sciunt, quid sit uirtus, & quomodo fiat, & in quo consistat, & huiusmodi. & qui de huiusmodi scientia, sciunt ratiocinari ad sermones confugientes putant se adeptos moralē philosophiam, sed decipiuntur. non enim uera est, sed simulata, cum scire uirtutes, parum, uel nihil prodest, non enim ut sciamus quid nam sit uirtus, sed ut boni efficiamur enitendum est. Altera est pars moralis, quæ consistit in operationibus uirtutis. qui enim per uirtutē operantur, boni efficiuntur, & uerā habent philosophiam, hanc igitur Iurisconsulti affectant, & non cupiunt, ut ciues sciant, quid sint uirtutes. hoc.n. parum prodesset rei publicæ, sed ut per eā operantes, boni efficiantur, & effecti boni bonum cōmune reipublicæ comparabunt, augebunt, conseruabuntque. ad hoc ergo bonum commune, legumlatores tendunt. Bonum n. commune, seu humanū, finis est facultatis ciuilis. hæc ex.2. Ethic.

Posset etiam hic aliquis dubitare utrum
4 † iustum à iustitia, an iustitia à iusto deriuetur? Vt hanc dubitationem dissoluas, dicas, iustitiam, esse habitum, sicut cæteræ uirtutes, & artes: habitus uerò ex operationibus similibus fiunt. qui enim uult artem pulsandi citharam acquirere, necesse est, ut sæpe pulset citharam, usu enim comparabit artem, habitumque pulsandi, quo acquisito, bene deinde pulsabit citharam. sic ergo apparet, prius fuisse citharam, quam habitum, seu artem pulsandi. Itidem dicendum est, prius fuisse iustum, quam iustitiam, cum enim iustitia sit habitus, & habitus fiat ex pluribus operationibus, sequitur eum, qui uult habere iustitiam, oportere crebrò agere iustum. Iusta enim agentes, efficiuntur iusti, in.2. Ethic. non potest itaque iustitia nasci, nisi ex iusti operatione. Est igitur iustum, antequam iustitia, determinatum a natura, uel instituto. 5. Ethic.

Quæreret iterum quis, quo nam modo est
5 iustum, si non est iustitia? dicas † iustum, seu res iustas, in uniuersali, esse a natura, seu a lege determinatas: ut puta, depositum esse reddendum, furem esse puniendum, rem esse uendendam, quanti ualet, neque pluris, neque minoris: hæc enim sunt per se iusta, etiam si nemo redderet depositum, neque furem puniret, id quod si esset, nulla esset iustitia, cum nulla esset iusti operatio. At si quis assuesceret reddere depositum, rem uendere quanti ualet, ex hac assuetudine compararet sibi habitum iusti, quæ est ipsa iustitia. patet ergo iustitiam posteriorem esse ipso iusto. Sed postquam quis comparauit sibi iustitiam, per iusti operationem, facilius, & cum uoluptate, eadem faciet, & illa posterior operatio, uocatur ius seu iustum. Aliud est igitur depositum esse reddendum, aliud reddere depositum. reddere enim depositum, quod est iustum, est operatio iustitiæ: & hoc modo ius appellatur a iustitia, ut dicit Iureconsul. in.l.1.ff. de iusti. & iur. & sic patet prius fuisse iustum, seu res iustas, quam iustitiam, & ex iustitia postea acquisita, nascitur operatio, ut puta redditio depositi, quod est ius, & ita ius nascitur ex iustitia, intellige quando illud uniuersale; ut puta reddere depositum deducitur in actū, per habitum iustitiæ, tunc illud reddere in
6 actu, dicitur ius. † Item iniustum est etiam determinatum a lege seu a natura, ut puta facere furtum, est iniustum: quando autem fit est, uel dicitur iniuria, seu iniustum. Et sic patet, ut superius diximus, illud reddere in actu, dici ius, quod iniustitia: unicuique tribuit. ex.2.&.3. Ethic.

Sed rursus quæret aliquis, si hoc modo accipitur ius, quid est, quod dicitur, usufructus est ius, iter est ius, uia est ius, & mille huiusmodi, ut.l.1.ff.de ser. rust. prædio? Respondetur ius ibi, & in similibus, alio modo sumi quam in superioribus. nam hæc appellatio ius, accipitur uarijs modis, ut in.l.ius.ff.de iusti. & iur. & inter
7 alia, † ius dicitur ordinatio, seu constitutio ciuitatis, ut in.1. Polit. omnia enim quæ ciuitas, seu lex uniuerse, uel ut aiunt, uniuersaliter ordinat, legitima & iusta dicuntur. in.5. Ethicor. Hinc appellatur iusta hæreditas, quæ ab intestato uenit.

uenit. determinatur enim, & ordinatur ciuitate, uel à lege, cui sit ea ab intestato deferenda.l.3.§. de illo.ff. pro socio. Dum igitur Iureconſ. ait, uſusfructus eſt ius, & cæt. non accipitur ibi ius, pro arte boni & æqui.ut in.l.1.ff. de iuſti. & iur. nec pro aliquo ſignificatu illorum, qui ponuntur in.d.l.ius.quamobrem,uſusfructus,iter, uia, & ſeruitus, & huiuſmodi, eſt ius, ideſt ordinatio,ſiue conſtitutio ciuitatis: ciuitas enim ordinauit, uel conſtituit,ut quis poſſit habere uſumfructum, iter,uiam,ſeruitutem in fundo alieno. ſiue ex conuentione domini ſiue ex ultima eius uoluntate: ob hanc igitur ordinationem, ſeu conſtitutionem,obligatur dominus fundi, ut patiatur eum cui ſeruitus conſtituta eſt,ea in ſuo fundo poſſe uti.l.2.ff.de uſufruct.Et hoc modo ſumendum eſt, ubicunque in iure dicitur, aliquid eſſe ius, ut puta poſſeſſio, obligatio eſt uis,actio eſt ius,& huiuſmodi, quod perinde eſt ac ſi diceretur. eſt ordinatio ſeu cõ
8 ſtitutio ciuitatis,ſeu naturæ. Et ita † ubi dicitur, aliquid conſiſtere in iure,ut puta hæreditates, ſeruitutes, obligationes. Inſti. de reb.corpo.& incorpo.ita exponendũ eſt, conſiſtunt in iure,hoc eſt eſſentiam,ſeu eſſe ſuum,habent in iure, hoc eſt in ordinatione,ſeu conſtitutione ciuitatis, ſeu principis: ciuitas enim conſtituit, ordinauitq́; , ut eſſent hæreditates, ſeruitutes, & obligationes.§.1.Inſti.de reb. corpo.& incorpo. niſi enim ciuitas ita ordinaſſet, profectò illæ minimè eſſent. habuerunt igitur eſſe, ſeu eſſentiam ſuam, ab ordinatione ciuitatis, & ab eadem poſſent.deſtrui, meritò igitur dicuntur cõſiſtere in iure,hoc eſt in ordinatione ciuitatis. Quia ſuperius facta eſt mentio iuſtitiæ, cuius ſacerdotes ſunt Iureconſulti, conſentaneum eſt, hic ponere iuſtitiæ imaginem, à Chryſippo deſcriptã,
9 qui dicit, † uirginem eſſe incoruptam,improbis nunquam concedere, non ſermones blandos,non purgationem, non deprecationem,non adulationem, non denique quicquam aliud pati:quas ob res, meritò triſtis etiam pingitur. uultu graui, aſpectu contento,& toruo, ut iniuſtis terrorem incutiat iuſtis fiduciam præbeat, quando huiuſcemodi facies iuſtis grata, iniuſtis moleſta ſit:de qua meritò hi duo uerſus dici poſſunt.

Terrificą Aſtrææ facies,triſtiſq́; uidetur.
Eſt tamen hæc iuſtus grata,moleſta reis.

Explicit liber Primus.



D. VACONII A. VACVNA

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

Liber ſecundus.

SVMMARIVM.

1 *Poſſeßio eſt facti.*
2 *Poſſeßio duplex.*
3 *Diuitiæ antiquitus in pecoribus. unde pecunia.*
4 *Poſſeßio unde dicta.*
5 *Argumentum ab etymologia quando ualeat.*
6 *Genus non habet ſuum eſſe, niſi in ſpeciebus.*
7 *Poſſeßio naturalis cur dicatur.*
8 *Diuitiæ naturales quæ*
9 *Poſſeßio naturalis eſt facti.*
10 *Iuris naturale eſt iuſtum ſecundum naturam.*

XXXII. DECLARATIO, an poſſeſſio ſit facti, uel iuris. Et de arg. ab etymologia.



AGNA eſt diſputatio, an poſſeſſio ſit facti, uel iuris? in hoc conſiderando, ſcribentes in uarias diſtrahũtur ſententias: Alii.n.
1 aiunt, † eſſe facti, idque probari aſſeuerãt in.l.1.§. Adipiſcimur.ff. de acqui. poſſ. ibi, eam rem enim facti, non iuris eſſe. & in.§. ſi uir uxori. ibi, quoniam res facti infirmari iure ciuili non poteſt. & in.l. denique.ff. ex quib. cauſ. maior. illic inquit, poſſeſſio plurimum facti haber. Alij uerò affirmant, poſſeſſionem eſſe ius: quod dicunt confirmari.l. Peregre.ff. de acquir. poſſ. ubi dicitur, ius poſſeſſionis ei, qui condidiſſet, non uideri peremptum &c. & in.l. ſi ea res. ff. de actio. empt. ibi, qui prior ius apprehenderit. Tandem in hanc omnes ferè concordiam uidentur deſcendere, quòd poſſeſſio, dum eſt in fieri, uel dum acquiritur, ſit facti: & ita loquuntur leges pro prima opinione citatæ. ſed poſtquam eſt ineſſe producta, ſeu acquiſita, eſt iuris: & ita aiunt, intelligendas eſſe leges, in ſecunda opinione allegatas. Sed certè iudicio meo, nihil dicunt. id enim quod ipſi aiunt perinde eſt, ac ſi quiſpiam diceret, ſtatuam dum fit, eſſe æneam: poſtquam autem eſt facta, eſſe auream. uel hominem dum fit, eſſe equũ: poſtquam uerò eſt factus, eſſe hominem. nam ita ſunt diuerſæ ſpecies, ius, & factũ: ſicut equus, & homo. uel ſi dicatur hæreditas, dum acquiritur eſt facti: poſtquam eſt acquiſi-

acquisita; est ius, quod nemo profectò diceret, cum nihil absurdius dici possit. Item titulus quidem dicit, de acqui. rer. domi. & quis auderet dicere, dominium dum acquiritur esse facti: postquam uerò est acquisitũ, esse iuris, nemo profectò? separatum est. n. id, per quod acquirimus, ab eo, quod acquiritur. Praeterea leges, quae dicunt, possessionem esse facti, non considerant modum acquirendi, sed essentiam ipsius possessionis acquirendae. at essentia rei, non est modo una, modo alia: ut puta essentia aequi, dum capitur ab hostibus, & acquiritur à capiente, est una, & postquam est captus est alias, sed est eadẽ, quae erat antequam caperetur, quae est, postquam est captus. ita in possessione dicendum est. Praeterea, est quaestio de possessione, quid nam sit, non de acquisitione, seu factione possessionis: titulus enim dicit, de acquirenda possessione: sicut de acquirenda haereditate, & id quod acquiritur, iam habet essentiam, seu substantiam suam, de hac igitur possessione, iam in actu existenti dubitatur, an sit facti, uel iuris: res enim non appellatur talis, quando est in fieri, sed quando est in actu. Aristo. 2. Phys. aedificium enim dicitur domus, quando est deducta in esse, & perfecta, non quando fit. Praeterea Iureconsf. si loquerentur de eo, quod est in fieri, ut aiunt Doctores, non appellarent possessionem: si quidem dum fit, non habet nomen possessionis, loquuntur itaque leges de possessione, quae est iam in actu, & tamen dicunt eam esse facti. Quã obrem omissiis his, quae à Doctoribus dicuntur, quae nullo modo possunt cohaere,

2 pro ueritate inuenienda, praemitto, † duplicem esse possessionem, quod nec Doctores negant: unam naturalem, alteram uerò ciuilem, Sed quia naturalis, una cum genere humano inuenta est, ideo prius de ea dicendum est. arg. §. singulorũ. Insti. de rer. diuis. est igitur sciendum, ab initio omnem terrã fuisse communem, nec erant eo tempore rerum stabilium proprietates, ut alibi diximus. probatur clarè in c. ius naturale. i. distin. eo enim tempore homines habitabant in agris sparsim, quia nondum erant aedificia. Aristo. 1. Polit. & Vitruuius lib. 2. Domus aũt erãt antra, & tuguria unde Ouidius.

Domus antra fuerunt,
Et densi frutices, & iũctae corticae uirgae.

3 † diuitiae, eo tempore, potissimũ erant in pecoribus: unde aiunt pecuniae nomen ductũ esse, unusquisque igitur, paterfamilias habebat greges suos, & supellectilem rusticam, arbitrioque suo poterat in uno quoque loco sua pascere animalia, sedesque ponere. [ut aiunt fieri hodie in scythia, & faciunt in partibus nostris hi, qui uulgo appellantur zingari:] & quam diu, ibi sedebat, locus ille, dicebatur ab eo possideri, ibique tantisper morabatur, dũ locus ille sibi, animalibusque suis, usui, adiumẽtoque erat, postquã uerò inde discesserat, alibique sedes ponebat, prior locus ab eo relictus, poterat & ab alio teneri: cuius rei uestigium, hodie remansit in littore maris. l. quod in littore. ff. de acqui rer. domin. ubi expresse hoc probatur. Homines igitur, qui ita sparsim habitabant, eum locum, quo utebantur pro se, animali-

4 busque suis, possidere dicebãtur: unde † possessio, dicta est, quasi sessionis, hoc est sediũ positio. homines. n. ut dixi, ponebant sedes rusticas, ut puta tuguria, & pecudũ caulas, in eo loco, quo secundum naturam utebantur, ab eaque sediũ positione, dicta est possessio, quasi sessionis positio. & licet in. l. 1. de acqui. pos. scribatur, possessionem dictam, quasi pedum positionem, tamẽ arbitror impressorem uitio, textum esse mendosum. nimis enim dura est huiusmodi etymologia, cum in possessione, nulla pedum litera inueniatur. quamobrem legendum est, quasi sessionis positio. sessionis enim significat, & sedendi actum, & sedem. Possessio igitur est dictio composita, a pono, nis: & sessio sessionis, dicta est igitur possessio, quasi positio sessionis, hoc est sedis.

Et sic respondetur quaestioni illi à Doctoribus motae. quaerunt enim quam ob causam, possessio magis dicta sit a pedibus, quam ab alia corporis parte, cum possessio, non solum pedibus, sed manu, oculisque acquiritur, l. quod cum eo. §. si per uenditorem. ff. eo. Quaerunt etiam, quare non sit dicta ab animo, tanquam a nobiliori: cum sine dubio, animus sit, corpore nobilior, & sine animo poessio, minime acquiritur. l. quemadmodum. ff. eo. Scribentes uarij.

uario

uario modo respondent, sed quia à falso cito discrepat uerum, & uero omnia sunt consentanea. Aristo.1.Ethic.ideo quicquid aliquis eorum dicit, facilè ab alio refutatur,& tandem nihil uero consonum dicunt.

Tu uerò dicas, quæstionem esse futilem, cum possessio,neque a pedibus,neque a manu,neque ab oculis,neq; ab animo dicatur: sed a sessionis, idest sedis positione, ut supra diximus,in qua pedes manus, oculi,animusque concurrebant.

Non tamen hodie sequitur,si non est sedium positio, ergo non est possessio. sicut non sequitur, si lapis non offendit pedem, ergo non est lapis: & tamen dicitur lapis, quasi offendens pedem, de hoc enim non quærimus, non enim semper argumentum ab etymologia ualet, ut dicunt scribentes.

5 Et ut breuiter intelligas,quando † argumentum ab etymologia ad etymologatū, & è contrario ualeat, dicas, aut etymologia sumitur ab aliquo accidentali, seu effectu etymologati, aut ab essentia. Primo casu nullo modo ualet argumentum,nec affirmatiue, nec negatiue. exempli causa,lapis dicitur quasi lædens pedem, & hæc etymologia est ab effectu, seu ab accidenti, & ideo non ualet,lædit pedem, igitur est lapis. potest enim esse ferrum. seu lignum quòd lædat pedem. nec ualet,non lædit pedem,non est igitur lapis, quia potest esse aliquis lapis ita absconditus, ut nunquam lædat pedem, & tamen est lapis. Item taberna dicitur, quasi eo quòd tabulis concludatur.l.tabernæ.ff.de uerbo. signific.non tamen ualet, clauditur tabulis, est igitur taberna, quia potest esse aliud, puta granaria ex tabulis.l.granaria.ff.de actio.emp. cum taberna sit locus, ubi res uenduntur, siue habitatur. Item non clauditur tabulis, ergo non est taberna, minime ualet. potest enim esse aliud ædificium ad habitandum, seu ad res uendendas,& dicetur taberna, ut d.l.tabernæ. Secundo casu, quando etymologia sumitur ab essentia rei, & tunc, aut etymologia est maior etymologato,aut est æqualis. Primo casu, ualet argumentū ab etymologia, ad etymologatum, sicuti à genere ad species, uidelicet negatiue,non autem affirmatiue, & ab etymologato, ad etymologiam ualet, sicuti à specie, ad genus, uidelicet affirmatiue. exempli gratia, mutuum appellatur ex eo, quod de meo tuum fiat,etymologatum est mutuum, etymologia quod de meo fiat tuum.l.mutuum §.appellata.ff.si cert. pet. & hæc est maior ipso etymologato,nam ex meo fit tuū,non solum in mutuo, sed etiam in donatione,& sic etymologia est maior etymologato, erit igitur sicut genus. quamobrem, eodē modo potest ab ea argui, sicuti in genere. quemadmodum enim ualet,non est animal,ergo non est homo, quia sublato genere

6 tolluntur omnes species. † genus.n. non habet suum esse, nisi in speciebus suis l.si quid earum.§.inter emptum.ff.de leg.3. ita ualet ex meo non fit tuum, ergo nō est mutuum. & quemadmodum non ualet, est ibi animal, ergo est homo: potest enim esse equus,ita non ualet,ex meo fit tuum, ergo est mutuum,quia potest esse donatio. & sicut ualet,est homo,ergo est animal, ita sequitur,est mutuum, ergo ex meo fit tuum, arguendo ab etymologato, ad etymologiā affirmatiue,uti dictum est, de specie ad genus. Secundo casu, quando etymologia sumpta ab essentia, æqualis est etymologato, & tunc omnimodo ualet,tam affirmatiue,quam negatiue ab etymologia ad etymologatum,& è contrario. donatio enim, dicta est quasi doni datio.l.senatus.§.donatio.ff.de dona.cau. mor. & quia de essentia donationis est ipsa doni datio propterea ualet,non est doni datio, ergo non est donatio. est doni datio, est igitur donatio. rursus est donatio,ergo est doni datio: non est donatio,non igitur est doni datio: & est donatio, ergo est doni datio. Et ex his clarè patet,quando argumentum ab etymologia ualeat,omissis quæ confusè dicuntur à Doctoribus.

Reuertor nunc, ad rem propositam, in qua, quærimus de ipsa origine possessionis, & de eius inclinatione, quæ ut supra diximus à sessionis,hoc est sedium positione dicta est. hæc igitur

7 † possessio, seu sedium positio, dicta est naturalis, eo quòd homines utebantur loco illo, ad eum usum, ad quem natura creauerat,uidelicet, pascendo animalia: colligendo fructus, & huiusmodi. natura

di.natura enim omnia hominum causa pro duxit,terram scilicet,plantas, animalia, tã fera quam mansueta. Aristo.1.Polit.& stoici aiebant,quæ in terris gignuntur,ad usum hominis omnia creari, ut refert Cicero in.
8 1.offic. Hanc ob causam,solent † diuitiæ acquisitæ ex fructibus terræ, & ex animalibus, dici naturales, quasi secundum naturã acquisitæ. Aristo.1.Polit.eodem modo, illa sedium positio,quæ appellata est possessio,dicta est naturalis, eo quòd per eam homines utebantur fructibus terræ, propter homines a natura creatis.§. in pecudum.Instit.de rer.diuis.quamobrem possessio naturalis,a Iureconsulto ita diffinitur in.l. quæstio.ff.de uerb.sig.possessio inquit est usus. hoc idem dicit. Nonius Marcellus. ex quibus possessionis naturalis diffinitio colligitur quo ad genus. enim possessio naturalis
9 usus rei, secundum naturam. Et † hanc possessionem naturalem affirmo facti esse. quod ut ostendatur,præmitto,ius, idem esse,quod iustum. ius enim dicitur a iusto,per apocopen remota ultima syllaba tum, quo fit, ut a moralibus philosophis, ius, iustum, æquum; bonum, quasi synonyma ponantur: & sicuti Iurisconsulti, diuidentes ius, aiunt,ius aliud naturale, aliud ciuile:ita philo.5.Ethic. dicit,iustũ,aliud naturale, aliud
10 politicum,idest ciuile.† ius igitur naturale, nil aliud est, quam iustum secundnm naturam.Item præpono, a Iureconsultis,ius naturale appellati factum, ad differenriam iuris ciuilis: id quod apertè ostendit Vlpianus in.l. nec seruus.ff. de pecul. ubi inquit, nec seruus quicquã debere potest,nec seruo potest deberi: quod uidetur, contra id, quod Triphonius dicit in.l.si id quod.ff. de condic.indeb.ait enim ibi seruum obligatum esse domino naturaliter. & ibi Bar. dicit expresse,seruum obligari obligatione naturali, & tamen obligatio est ius. huic tacitæ obiectioni respondens Vlpianus in.d.l. nec seruus, dicit,cum eo uerbo utimur, idest seruum debere,uel ei deberi, factum magis demonstramus, quã ad iuris ciuilis referimus obligationem.glos. in uer.factum,exponit, idest ius naturale.& sic Vlpianus,& glos.ibi ius naturale appellant factum.quemadmodum igitur obligatio naturalis, ab Vlpiano appellatur factum,ad differentiam obligationis ciuilis: ita ab alijs Iureconsultis,in multis legibus, possessio naturalis,appellatur factum, ad differentiam possessionis ciuilis, quæ est ius.

Summarium

1 *Possessionis naturalis sunt, capaces seruus, & pupillus habentes intellectum.*
2 *Et cur non ciuilis.*
3 *Pupillus cur retinet obligationem ciuilem, non possessionem ciuilem.*
4 *Leges dicentes possessionem esse quid facti, intelligunt de naturali.*
5 *L.denique.ff.ex qu.b.cau.maio.declaratur.*
6 *Possessio naturalis cur postliminio non restituatur.*

XXXIII. DECLARATIO, l.1.§.adipiscimus.ff.eod.

1 HVius igitur† naturalis possessionis, sunt capaces, seruus & pupillus,dũmodo habeant intellectũ, & de hac loquitur tex. in.l.1.§.1.ff. eo. ubi Nerua filius, pupillum possidere,incipere posse ait, quòd eas res est facti, & non iuris, & licet Doctores dicant, illum tex. loqui,de acquisitione possessionis, & non de ipsa possessione,longe aberrant.non enim Nerua ait, pupillum posse acquirere possessionem, sed dicit posse incipere possidere. Præterea si intelligeretur tex. de acquisitione, quam dicunt esse facti,& ideo cadere in pupillum, sequeretur, ut postquã acquisita esset, & ita in esse deducta,quæ(ut ipsi aiũt) esset iuris, non posset pupillus eam tenere,& ita frustra esset acquisita.lex.enim nihil frustra agit.l. hæc stipulatio.ff. ut leg. nom. cauea. imò postquam est acquisita, est facti, ut ibi, & a pupillo retinetur.l. possessionem.ff. eo. ubi Vlpianus ait, pupillum posse desinere possidere, quod enim facti est, potest amittere patet ibi,id,quod amittitur,facti esse:amittitur autem possessio,scilicet naturalis,iam in esse deducta,alioquin amitti non posset: priuatio enim præsupponit habitum.l. decem.ff.de uerb.oblig.& quod non est,amitti non potest.l. quæ sub conditione.ff. de rup. irri. fac. testa. ergo.d.l.1.§.1. &.l. pos-

sessionem

sessionem, loquuntur de possessione naturali, quæ est facti.

Si igitur § adipiscimur. loquitur de naturali possessione, etiam acquisita, ut dictum

2 iam est. quæritur, † quamobrem pupillus habens aliquid intellectus, est capax possessionis naturalis, non autem ciuilis? dicito, rationem esse; quòd possessio naturalis, est usus quidam rei, & sic facti, & ita pupillus potest possidere naturaliter. habet enim affectionem ad talem usum. in colligendis fructibus, & similibus. hæc enim corporis sensu, percipiuntur, quibus pupillus summopere delectatur, hanc ob causam in huiusmodi possessione, & usu, habet affectionem tenendi, & utendi. pupillus enim ad id, quod adest, quodq; præsens est, se accōmodat. At ciuilis possessio, nullo corporis sensu percipitur, sed intellectū duntaxat intelligitur, & in rei absentia animo, & affectione retinetur. l. peregre. ff. de acqui. poss. sed pupillus imperfectum habet intellectum, ut ait Aristo. 1. Polit. nec habet affectionem ad rem absentem, non est igitur sufficiens ad considerandam, retinendamq; possessionem ciuilem, cum ea in solo intellectu, & uoluntate consistat: naturalem uerò potest, & acquirere, & retinere, ut supe rius demōstratum est. est enim usus rei & ci

3 Sed dicet quispiam, † si pupillus non potest nec acquirere, nec retinere ciuilem possessionem, quam ob causam potest & acquirere, & retinere obligationem ciuilem, ut in sti. de auct. tut. in princ. Dicito, obligationem ciuilem, non egere aliqua affectione, quia ita inhæret ossibus nostris ut, & si uelimus, non possit inde auelli, directa scilicet ut not. in. l. 3 ff. pro socio. At ciuilis possessio sine animo, & affectione, nec acquiritur nec retinetur l. quemadmodum. ff. de acqui. poss. Pupillus uerò eam non habet affectionem. d. §. adipiscimur, non potest igitur ciuilem possessionem retinere, sine tutoris au ctoritate, qui. §. adipiscimur in principio loquitur de ciuili, quam non potest pupillus sine tutoris auctoritate acquirere, quia affectionem tenendi non habet: Offilius, & Nerua loquuntur de possessione naturali. id quod ostendunt dum aiunt, eam rē enim facti non iuris esse, ad quam pupillus potest, habere affectionem retinendi tantisper dum est in fundo, cum ea possit oculis, aliisque corporis sensibus percipi, quibus, pupillus uoluptatem ex re ipsa percipit, & sic habet actionem. habes igitur declarationem. d. §. adipiscimur. At si pupillus è fundo discedat, poterit naturaliter possidere, per seruum, per colonum, & eiusmodi, uti per animata instrumenta, ut infra dicetur.

De hac eadem possessione naturali, loquitur. §. si uir. in. l. 1. ff. eo. ubi marito cedente possessionem uxori, licet lex impugnet donationem, quæ est de iure ciuili, tamen Paulus dicit, mulierem possidere. supple tu; naturaliter: est enim ut dictum est, possessio naturalis facti, quæ à iure ciuili infirmari non potest, ut ibi dicitur ratio enim ciuilis, ciuilia quidem iura corrumpere potest naturalia utique non Insti. de legi. ag. tut. §.

4 fin. de hac etiam † naturali possessione, loquuntur omnes leges, quæ aiunt possessionem esse facti. De hac præterea loquitur tex. in. l. denique ex quib. caus. maio. dum dicit, possessio plurimum facti habet. Et quoniam Doctores in. l. 1. ff. de acqu. poss. in expositione illius. l. denique uidentur argue re ignorantiæ Papiniani, dum ibi ait, interruptam possessionem postliminio non restitui. Doctores exponunt, possessionem, idest usucapionem. O admirandam expositionem, si mihi liceret ita uocabula peruertere, auderem polliceri me omnes leges perfacilè explanaturum esse: sed quia à propria uerborum significatione non est recedendum. l. non aliter. ff. de leg. 3. ideo aliter, quam Doctores, legem illam declarabo. Pro quo sciendum est, eum, qui ab hostibus possidetur, possidere non posse. itē scire oportet, tam ciuilem quam naturalem possessionem, captiuitatē interrumpi: sed si captus ab hostibus reuertatur, omnia iura perinde recuperat, iure postliminij, ac si nunquam fuisset captus. Inst. quib. mod. ius pa. pot. sol. §. si ab hostibus cum simil. bus.

5 † Quidam igitur, qui bona fide, fundum emerat, & per nouem annos fortè possederat, captus est ab hostibus, & ita utraque possessio interrupta est: nam qui ab alio possidetur, possidere non potest l. cum hæredes. §. 1. ff. eo. deinde, post aliquot annos, ab

nos, ab hostibus reuersus, non apprehendit rursus possessionem naturalem fundi, mansit tamen in ciuitate aliquot annos: postea dominus fundi uendicabat ab eo fundum, reuersus uerò obijciebat præscriptionem: rursus, dominus fundi dicebat, interrupta per captiuitatem possessione, præscriptionem interruptam esse: captus uerò fatebatur, possessionem ciuilem, quæ est causa præscriptionis, ut aiunt Docto. in. l. r. ff. eo. interruptam, dicebat tamen postliminio restitutam fuisse: cum omnia iura, postliminio restituantur. & possessio ciuilis est ius. l. peregre. ff. eo. igitur &c. Hic altercantibus, Papinianus, quæstionem decidens, ait, possessionem interruptam, postliminio nō restitui. nec exponas possessionem, idest usucapionem, ut faciunt Docto. sed dicas possessionem, uidelicet ciuilem. deinde reddit rationem, quamobrem non restituatur possessio ciuilis, cum sit ius, inquiens, quia hæc: suppletu possessio ciuilis, quæ producit præscriptionem. sine possessione, naturali supple, uel saltem corporali, non consistit. idest essentiam, & esse, non habet necesse est enim, ad hoc, ut possessio ciuilis interrupta restituatur, ut rursus res ipsa corpore, seu aliquo corporis sensu comprehendatur. l. cum hæredes. ff. de acquir. pos. Sed poterat dubitari, † quamobrem possessio naturalis non restituitur postliminio, cum ciuilis restituatur? ad hoc respondet Papinianus, quia possessio inquit, scilicet naturalis, plurimum facti habet, causa uerò facti, postliminio non continetur. idest cum factum sit interruptum non potest lex facere, quin sit interruptū. leges enim facta infecta reddere non possūt. l. in bello. §. factæ. ff. de cap. & postli. reuer. Aristo. 6. Ethic. ad hoc igitur, ut possessio ciuilis capto restituatur, opus est, ut iterum possessio naturalis, uel saltem corporalis, quæ sunt facti, apprehendantur, & hoc est, quod ait Iu. econs. in. l. cum hæredes. §. 1. dum inquit, sequitur, ut reuersis noua possessione opus sit & loquitur de possessione naturali, ut ibidem superius patet, ibi corporalem. Ex his iam satis apparet in. l. denique probari, possessionem naturalem esse facti.

6

Summarium

1 Possessio naturalis quid sit.
2 Naturaliter possidens facit fructus suos.
3 Instrumenta animæ per quæ acquirimus possess. naturalem.
4 Fundus, siue ager, & possessio quid.
5 Possessio non potest acquiri sine instrumento.
6 Insistentia, seu apprehensio rei corporalis, est instrumentum quodam ad acquirendum & exercendum possessionem naturalem.
7 Quæ corporalis dicitur possessio.
8 Coloni inquilinus, & serui sunt in prædio, eius tamen non possident.
9 Et quæ sit ratio in colono.
10 L. quamuis. §. si conductor ff. de acquir. possess. declaratio.
11 L. peregre. §. qui ad nundinas declaratio.
12 Seruus, & colonus, cur non habent interdictum. unde ui.
13 Seruus potest acquirere naturalem possessionem pro se.
14 Missus in possessionem ex primo decreto an possideat, & quomodo.
15 Possessio naturalis est de iure naturæ.
16 Ideo in diffinitione non debet poni, est ius.
17 Dominium cœpit ex possessione naturali.

XXXIIII. DECLARATIO, diffinitionis possessionis naturalis.

1 POssessio † naturalis est usus à natura introductus, quo quis utitur re corporali, per se, uel per instrumenta animata, quo. ad oēs, & integros fructus, secundū
2 naturā. Hoc itā fit, quoniā † naturali quadā ratione, cultura, & cura, facit fructus suos, qui naturaliter possidet. §. si quis à nō domino. Inst. de rer. diuis. imo de iure naturæ qui possessionē rei immobilis apprehendebat, illius dominus erat, tantisper dū ea utebatur. l. quod in rerum. ff. de acquis. rer. do. l. r. ff. de acqui. pos. meritò faciebat oēs fructus suos, & sicubi reperitur naturaliter possidentem, non facere fructus suos, dicas, hoc à iure ciuili fuisse introductum. Dixi in diffinitione est usus. motus auctoritate Iurisc. in. l. quæstio. ff. de uerb. sig. & usus ponitur loco generis. est enim usus possessio, est etiā usus, seruitus à iure ciuili, hoc est ab ordi

natione ciuitatis introducta, qui est ius, ut Insti. de usu. & habita. Dixi a natura in troductus. ut differat ab usu, a iure introducto, qui est seruitus, ut dictum est. Dixi rei corporalis. ad differentiam rei incorporalis, quæ naturaliter non possidetur. Dixi
3 per † instrumenta animata, quia possumus possidere naturaliter, per seruum, uel filiũ, procuratorem, & colonum, tanquam per instrumenta animata: eum huiusmodi personæ, nostro non suorum nomine teneant, posque per eos tanquam per instrumenta uidemur possidere: ut est tex. apertus in.l. 1.q quod seruus.ff.de ui & ui. ar. de his autem instrumentis infra plenè dicetur. Dixi, ad omnes fructus. ad differentiam usus, qui est ius, ut insti. de usu. & habi. Sed ut apertius intelligatur, scito differentiam esse, inter fundum, siue agrum, & possessionem.
4 †Fundus enim, siue ager, est proprietas loci: possessio uerò est, quicquid apprehendimus in loco, sine proprietate. ut.l.quæstio ff.de uerbor. sign. Sed quid est, quod in loco, saltem intellectu apprehendimus, remota proprietate? nil aliud profectò esse potest, quam superficies illa, qua utimur colendo: id enim, quod apprehenditur, oportet esse corporale: at proprietas non est corporea restat igitur, ut illa superficies sit id, quod apprehendimus, in qua consistit usus, secundum naturam, & ille usus, appellatur possessio a iureconsulto, ibi, ut apertè patet in textu. Rectè igitur dictum est, possessionem naturalem esse usum rei.i.superficiei apprehensæ.imo ipsa superficies, appellatur possessio, ibi, cum dicat quicquid apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, hanc appellamus, possessionem apprehẽdimus enim duntaxat superficiem: ergo superficiem ipsam, appellat possessionem. ager autem, & fundus, est ipsa proprietas. Sed dicet aliquis, ergo qui habet proprietatem, non habet possessionẽ: id quod non sequitur. nam licet ibi Iureconsultus distinguat possessionem a proprietate, potest tamẽ quis habere proprietatem, & possessionem naturalem: sunt tamen distincta ratione, & intellectu, sicuti possumus intellectu considerare calorẽ ignis, sine ipso igne: & tamen ignis, & calor, possunt esse simul imo semper sunt. Itẽ potest quis habere uites, & non habere uineam: & potest quis habere uineam, & uites simul. Item potest quis habere possessionẽ naturalem, id est usum, & superficiem illam loci, & non habere proprietatem: potest etiam habere proprietatem, superficiem, & usum. patet igitur clarè, quid sit possessio naturalis.

Et quia dictum est de instrumentis: ideo scias, quòd quemadmodum sine medio, seu instrumento, res non potest rectè confici: exempli causa, faber non potest conficere cultrum, seu bidentem, sine instrumentis, hoc est sine malleo, & incude: ita nec
5 † possessio naturalis, nec ciuilis, potest acquiri sine medio, seu instrumento. Instrumentum autem, est ipsum corpus, seu corporis sensus.l.quemadmodum.ff. de acquir.poss. uoluntas uerò est ueluti artifex. Item sicut instrumentum dicitur aliquo modo facere, seu agere: instrumenta enim reducuntur ad causam efficientem. Aristot. 2. Physic. ut puta malleus dicitur facere cultrum, sed impropriè: faber quidem propriè facit, quia ipsum malleum mouet. Aristo. 5. Ethico. Ita corpus, sensus corporeus, tanquam instrumentum, dicitur largo modo possidere: sed homo, seu uoluntas ipsa, uel mens, quæ dicitur uerè homo. 10. Ethic. dicitur propriè possidere. hinc est, quòd
6 †illa insistentia, seu apprehensiò rei corporeæ, seu aliquis corporis sensus, non est propriè possessio naturalis. si quidem naturalis possessio, est ipse usus rei, ut supra dictum est, est tamen quoddam instrumentũ sine quo naturalis possessiò, nec acquiri, nec exerceri potest. quis enim potest fundi uti, colendo, arrando ue, nisi ibi corpore insistat? aut quis potest facere cultrum, nisi malleo mediante? quisue potest acquirere ciuilem possessionem sine corpore suo seu instrumentorum animatorum corpore, uel saltem sine corporis sensu? nemo profectò & hoc est, quòd dicit tex. in.l. quemadmodũ ff.de acqui. pos. necesse est enim ad acquirendam ciuilem possessionem, ut quis saltẽ partem fundi corpore, seu sensu corporeo, apprehendat.l.3.in princ.ff.de acquir.poss. l.1.§.si iusserim.ff.eo. qui textus loquuntur de ciuili, ut inferius demonstrabitur. facit l.1.ff.eo.

l.1.ff.eo. dum Paulus ait, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. ubi illud uerbum insistit, demonstrat instrumentum corporis ad tenendum naturaliter, idest possidendum, hoc est utendũ. Ex his patet, illã insistentiam, seu apprehensiónem rei, tantum differre a possessione naturali, & ciuili, quantum differt instrumentum ab opere, hoc est, quantum differt malleus à cultro,

7 seu bidente facto. Hæc † autem insistentia, seu apprehensio rei, dicitur possessio corporalis, seu naturalis. l.1. in princ. & l.3. §. Nerua filius .l.2. §.1. ff. pro hærede. propterea quòd instrumentum est ad acquirẽdam possessionem. & quia propriè non est possessio nec naturalis nec ciuilis, ideo non sequitur, insistit quis, seu est in fundo, ergo possidet ciuiliter, uel naturaliter uerè. l. certè. §. is qui rogauit. ff. præca. ubi is qui rogauit præcario, est in fundo, & tamen non possidet.

8 Item † colonus, inquilinus, seruusq; sunt in prædio, & tamen non possident. intellige tu ciuiliter, uel propriè naturaliter: possunt tamen dici aliquo modo possidere, quemadmodum instrumenta dicuntur facere. nam ut dictum est, naturalis possessio est ipse usus. & sicut non sequitur, est in fundo, ergo utitur eo, arando, colendoue: ita non sequitur possidet corporaliter, ergo possidet naturaliter, cum corporalis illa insistentia sit quoddam instrumentũ ad naturalem possessionem acquirendam, quæ est ipse usus, ut dictum est, sicut non sequitur, malleus est supra ferrum, ergo operatur, & tamen non potest operari, nisi sit supra illud. aliud enim est possidere, aliud in fundo esse. l. si quis. ff. de acquir. poss. potest enim quis esse in fundo, & non uti, & sic possidebit corporaliter, non tamen possidebit naturaliter, cum non utatur. Ex supradictis patet, possessionem naturalem capi, ut genus cuius duæ sunt species, quarum una uocatur corporalis, altera naturalis. Corporalis, est illa corporis insistentia, seu rei detentio, & hæc est, uti instrumentum, ad acquirendam naturalem, & ciuilem possessionem. illæ enim acquiri non possunt, sine hac corporali possessione. l.3. §. in amittenda. ubi dicitur possessionem solo animo acquiri non posse. nõ potest igitur possessio uerè naturalis, seu ciuilis, sine nostro, uel animatorum instrumentorum corpore, nobis acquiri. Illa altera species, quæ dicitur naturalis, ideo dicitur propriè naturalis, quia per eam utimur re, ad fructus percipiendos, secundum naturam, ut supra dictum est, in diffinitione possessionis naturalis.

Sed hic suboritur alia quæstiuncula, si ille dicitur naturaliter possidere, qui utitur

9 re, percipiendo ex ea fructus &c. † quamobrem colonus, non possidet ita naturaliter, cum colonus, seminet, colligatque fructus ex re? Pro solutione dicito, cum seruus, procurator, colonus, hospes, amicum sue, nostro nomine, sunt in possessione: sunt ibi ueluti nostra instrumenta, & licet rem ipsa teneant, non tamen sibi possident sed nos per eos possidere, uidemur. operatio.n. instrumentorum domino attribuitur. l. generaliter. ff de acqui. pos. & l.1. §. quod seruus. ff. de ui & ui ar. ubi dicitur, quod seruus, uel procurator, uel colonus tenent, hoc est corporaliter possident, dominus uidetur possidere. Et ideo illius deiectis. dominus de possessione deijci uidetur. d. §. quod seruus. ratio, quia ut dictum est, quicquid instrumenta agunt, seu patiũtur, dominus eorum agere, uel pati dicitur, cũ instrumenta illius nomine, & agant, & patiãtur. hinc fit, quod si colonus meus, tradiderit alij possessionẽ, priuat me possessione mea. l.3. §. quòd si seruus. ff. de acqui. pos. ratio quia pro me amplius nõ possidet, nec nomine meo, nec uti instrumẽtũ meũ ibi insistit, cũ alij tradiderit possessionẽ ergo ꝑ eũ amplius nõ possideo.

10 Sed dices fortasse, † non esse uerũ, si colonus tradat possessionem alteri, quod priuet me possessione mea. tex. est in. l. quamuis. §. si conductor. ff. de acqui. pos. ubi colonus uẽdiderat rem alteri, & eã ab emptore conduxit, & sic transtulit possessionem in emptorem. per conductionem enim trãsfertur possessio. l. quædam mulier. ff. de rei uendi? Doctores dicunt in. d. §. si conductor. fuisse traditionem fictam: hoc est, quando cõductor, & emptor, non erãt in re, & sic non fuit uera traditio, sed ficta. at in. §. quod si seruus. fuit traditio uera, quia colonus tradidit possessionem alteri existenti in re, uel quod eã

introibat

introibit. Sed hæc solutio mihi non satisfacit. diuinat enim. nam tex. in. d. §. si conductor. loquitur indistinctè, nec ibi apparet, an colonus & emptor abessent à re, an in ipsa re, seu in conspectu rei essent. eodem modo in. d. §. quod si seruus, non apparet colonum, & eũ, cui tradidit fuisse in re, seu in cõspectu rei. Quamobrem dicas indistinctè, si Titij colonus qui uti ipsius Titij instrumentum, rẽ eius nomine tenent, hoc est corporaliter possidet, eamque alteri tradat, ut puta Seio, cuius nomine, deinde illã rẽ teneat, priuat primum dominum, hoc est Titium. sua possessione tam ciuili quã naturali, hãc ob causam quod non est amplius instrumentum illius primi Titij, nec eius nominẽ possidet, & pro hoc facit tex. in. l. quod meo. ff. de acqui. pos. ubi, id quod meo nomine possideo, si alterius nomine, postea possideã, ministerio meo, facio illũ possessorem. si igitur rem possideo nomine meo, deinde eam possideã nomine alterius, transferro possessionem, tanquã minister, & instrumentũ illius d. l. quod meo. eodem modo dicendũ est, in colono. Nec obest text. in. l. quamuis. §. si conductor. ff. de acqui. pos. nã ideo ibi non priuat primũ possessorem, quod adhuc, conductor nomine primi, erat in re, uti illius instrumentum, cum etiam priori domino mercedem præstaret, si ei mercedẽ præstabat, ergo eius nomine, ad huc rẽ tenebat. non sine causa igitur Iureconf. dicit ibi, & utrique mercedes præstiterit. nam si primo mercedem nõ præstaret, & eius nomine amplius rem non teneret, non esset dubiũ, quin priorem dominũ sua possessione, tam naturali, quã ciuili priuaret. Et ex his stet firma hæc conclusio, si colonus tradat alteri rẽ, siue uerè, siue fictè priorẽ dominũ possessione sua, etiam ciuili priuat, si illi mercedem nõ præstat, nec ius nomine possideat. Sed uidetur, colonum pro se possidere, cum fructus separatos à solo faciat suos. l. si apes. §. fi. ff. de fur. Responde licet faciat fructus suos, tamen cum pro illis præster mercedem, perinde est, ac si eos emisset. locatio enim proxima est emptioni, & uenditioni. l. 2. ff. loc. quamobrem præstãdo mercedẽ, dicitur pro domino possidere, cui mercedes. præstat.

11 Item solet quæri, quamobrem, † si ego maneo in fundo, deinde discedens, peregrè profectus, nemine in fundo relicto, licet alius intrauerit fundum, & ita possideat corporaliter, & si eo utatur, possidet etiam naturaliter, quamobrem inquam, absens retineo possessionem ciuilẽ, & tamẽ si possideo per seruũ, siue colonum, peregrè ego profectus, retineo possessionem ciuilẽ l. peregre. §. qui ad nundinas. ff. de acqui. pos. quãobrẽ inquam si illi deijciantur, non retineo possessionem ciuilem? Responde, quando ego possideo fundum per me, si discedo. nemine relicto, sine dubio. retineo ciuilem, licet fuerit alius ingressus fundum, nisi fortasse suspicer me posse repelli. l. si id quod. § fi. ff. de acqui. pos. possideo inquam, quia non sum deiectus: sed quando in fundo relinquo seruũ, seu colonum, qui uti mea instrumenta pro me possident, si illi deijciantur, ego deiectus uideor. non est ergo mirum, si illam ciuilem protinus amitto possessionem. l. 1. §. quod seruus. ff. de ui & ui arm.

12 Itẽ quæritur, an † seruus, & colonus, qui uti instrumenta possident, habeant interdictum unde ui? respõdeo, minime, illud. n. interdictum datur possidenti, uel ciuiliter, uel naturaliter pro se: ac seruus, & colonus possident pro alio, & ideo non habent interdictum unde ui. l. 1. §. denique. ff. de ui & ui ar. ibi, non tamen si colonus sit. competit. n. interdictum ei, cuius nomine, & uti eius instrumenta, seruus & colonus possident. d. l. 1. §. & si quis igitur. ff. de ui & ui. ar. at si colonus interuerterat possessionem, hoc est incipiat pro se possidere, habet interdictum unde ui. l. colonus. ff. de ui & ui ar.

13 Item quid, si † seruus stipuletur, non dico domino, sed sibi licere possidere, acquiritne sibi aliquam possessionẽ? Respondeo, ciuilẽ nõ potest acquirere, cũ pro nullo, quo ad ius ciuile habeatur. l. quod attinet. ff. de reg. iur. naturalẽ certè acquirit. est. n. seruus capax eorũ, quæ sunt iuris naturæ, & ideo seruus poterit possidere naturaliter, intellige tu, quãdo nomine proprio possidet: nam si nomine ipsius domini possideret, esset tãquam domini instrumentũ, & ideo, non ipse sed dominus diceretur possidere, dominoque possessionẽ, etiam naturalẽ acquireret l. 1. §. itẽ acquirimus. ff. de acqui. pos. Quod autem

autem possit nomine proprio possidere naturaliter, probat tex. in.l. stipulatio ista.§.i hæc quoque.ff.de uerb. oblig. ubi expressè dicitur. seruum posse in suam personam uti liter concipere stipulationem, ut liceat sibi possidere, & possidebit naturaliter, arãdo, seminando, colligendoue fructus: ueruntamen fructus recollecti, mox domino acquirentur. serũo.n acquisiti, statim domino acquirũtur. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. §.item & illa possessio non erit sola detentatio. frustra enim fuisset interposita stipulatio, quis enim ita stipularetur, promittis mihi me posse manere in fundo tuo? ad quid ergo uult manere seruus in re, nisi ut ea utatur: & si utitur, ergo naturaliter possidet, de quo supra satis dictum est.

14 Item solet quæri, an † missus in possessionẽ ex primo decreto possideat naturaliter, an ciuiliter: hoc est an illa possessio sit naturalis, an ciuilis? Respondeo, illa corporis insistẽtia est naturalis, nã ubicunque quis rei insistit, naturaliter insistit, quia utitur mẽbris ad insistendũ, a natura ita ordinatis, & de hac insistentia, nõ est quærendũ, quia alsinus hoc modo insistit, aut loquimur de illa possessione, quã quis autore Prætore habet custodiæ causa, & illa non est naturalis, cum naturali iure non esset cognita, est.n. iure ciuili inuenta: idcirco est ciuilis. si.n. esset naturalis, uteretur re, arando, seminando, colligendo ue fructus &c. hoc est.n. naturaliter possidere, ut supra dictum est. id quod non facit missus ex primo decreto. non potest itaque dici naturaliter possidere, possidebit igitur ciuiliter, hanc ob causam, etiã si ex re discedat, retinebit eã possessionẽ iuris ciuilis auctoritate. & quod illa possessio sit ciuilis, & retineatur etiã a re ipsa discedẽte, probat tex.l. finita.§.si quis metu.ff. de dam. infec. Ex his, & supradictis patet, possessionem naturalem esse facti, & Bar. errasse, dũ dixit possessionem naturalem esse iuris. Hæc

15 autem † possessio naturalis, inuenta fuit iure naturæ.l.1.ff.de acqui.r.pos. & fuit antequã dominium, & ciuitates essent: dominiũ enim a naturali possessione cæpit.d.l.1. at dominium, & ciuitates, iure gentium inuẽtæ fuerunt.l. ex hoc iure.ff. de iusti. & iur. fuit igitur possessio naturalis, antequã esset ius ciuile: illud.n. tunc esse cæpit, cum ciuitates condi cæperunt.§. singulorum. Insti. de rer. diuis. Quomodo igitur Doctores ponũt ius, in diffinitione naturalis possessionis: cum omne id, quod ponitur in diffinitione alicuius rei, sit de illius essentia, & semper cum ea est, & ab ea nõ queat separari: nam cum primum fuit homo, statim fuit animal rationale mortale. diffinitio.n. explicat, quid sit, id quod diffinitur, ut ait Cicero in Topicis.

16 non † est igitur hæc appellatio ius, de essentia possessionis naturalis, cum ea fuerit, antequã ius cæperit esse, quãobrem nõ est ponendum in ea diffinitione: quippe cũ in diffinitione alicuius rei, ea solum poni debeãt, quæ sunt de illius rei essentia, cũ igitur ius, non sit de essentia possessionis naturalis, cũ sine eo, longo tempore fuerit, ergo in eius diffinitione ponendum non fuit, nisi diceres

17 ius, scilicet naturale. Ex hac † possessione naturali, cæpit dominium esse, ut ait Paulus in.l.1.ff.de acqui.pos. a principio enim nil erat priuatum, sed quodquisque occupabat, suum faciebat, consequenterque dominium acquirebat, si enim res mobilis erat, omnino sibi acquirebatur: immobilis uerò tantisper erat sua, dum ibi haberet sedes, ut supra dictũ est, & hæc de iure naturę sufficiãt.

Summarium

1 *Lex omnium gentium recepta, ut capta in bello statim fiant capientium.*
2 *Nec duci sunt restituenda.*
3 *Spolia hostium quæ.*

XXXV. DECLARATIO, AN capta in bello fiant absolute occupantium.

Item capta in bello, iure gẽtium, statim capientium efficiuntur. nam ut inquit 1 Aristo.1. Polit. † lex quædam omnium omnium gentium consensu, recepta fuit, ut bello capta, illorum fieri dicantur, qui cæperunt. hoc ait idem Iureconsul. in.l. naturalem §. si ff. de acqui. rer. domi. & in.d.l.1. intellige, de iusto bello. quod autem sit iustum bellum, declaratum est in materia iuris naturalis, & gentium. Sed supradictæ conclusioni uidelicet capta in bello fieri

fieri capientium, uidetur obstare tex. in.l. pen.§.simili.C.de dona. ubi dicitur, donationes quas magistri militum faciunt, tam ex sua substantia, quam ex spolijs hostium, non egere insinuatione. aperte igitur ibi ostenditur, spolia hostium, non fieri occupantium, sed magistrorum militum: alioquin non possent ea donare, cum donatio de re aliena fieri nequeat. Doctores ferè omnes in.d.l.1.ff.de acqui. posse. dicunt capta in bello fieri occupantium, tamen ab ipsis occupantibus. Duci exercitus assignanda esse, qui postea distribuat, inter milites, pro meritorum proportione. sed hæc solutio arguit Iureconf. in.d.l. naturalem.§. fi. ubi ait, quæ ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt: nec dicit assignanda esse Duci exercitus, si enim id quod captum est, Duci dandum esset, frustra fuisset factum statim capientis. arg.l. qui sic.ff. de solu. quid enim illa dominij acquisitio prodesset, cũ lex nihil frustra facit.l. hæc stipulatio.§ diuus.ff.ut leg.no. cau. si assignanda erant Duci exercitus, ut Doctores aiunt, dixisset Iuriconf. in.d.l. naturalem.§.fi. & Imperator in.§.ab hostibus. Insti. de rer. diuis.capta in bello a militibus Duci exercitus assignanda sunt, & ab eo inter milites distribuenda. ne igitur Imperator, & Iureconf.reprehendendi sint, dicẽdum est, capta
2 in bello, statim fieri occupantis, † nec esse Duci tribuenda, sed manere apud capientẽ, ut de his suo arbitratu disponat. Nec obstat tex.in.l. pe.C. de dona. non enim ibi dicitur, quod Doctores existimant. pro cuius intelligentia sciendum est, quod interdum capitur aliquid a priuato milite, & hoc fit illius, ut dictum est, nec istud solet appellari spolium. Nonnunquam urbes capiebantur, quarum ciues necessitate coacti debebant se, bonaque sua Duci exercitus, qui omnia illorum bona, seu aliquam eorum partem, pro se, & republica accipit, & hæc propriè dicuntur hostium spolia, quæ uictores solebant in triumphis præ se ferre, ut apud Historiographos legitur. Hæc autem spolia non erant priuatorum militum, sed rei publicæ, poterant tamen Duces, seu exercitus Imperatores, ex illis spolijs aliquid militibus donare, siue degerent in occupatione, siue in alijs morarentur locis, quæ donatio insinuatione minime egebat, & hoc ipsum est, quod dicit illa.l. pen. non autem dicit, magistros militum, spolia sibi a militibus assignata, debere inter eos distribuere, aliud enim est distribuere, aliud donare. Pone.n. militem cæpisse in bello æquum, & ita illius dominium sibi acquisiuisse: si æquus Imperatori assignandus erat, qui deinde eundem æquum distribueret, aut dabat illum alij, quam capienti, & hoc fuisset absurdum, priuasset enim capientem dominio, quod sine facto nostro, a nobis auferri nõ potest. l.quod nostrum est.ff. de reg. iur. aut dabat eidem capienti, & tunc non fuisset donatio, cũ res propria alicui donari non queat. res enim mea, amplius mea fieri nõn potest. §.sic itaque.Insti.de actio. & tamen Imperator inquit in.l.pen.C.de dona. Magistros militum facere donationem ex spolijs hostium: quamobrem ille tex.non loquitur de rebus captis in bello, a priuatis militibus: sed de spolijs, quæ ut dictum est a principio erant Ducis, seu Imperatoris exercitus, & nunquam prius fuerunt militum. Ex supradictis collige has conclusiones, capta in bello statim fiunt capientium, nec sunt assignanda Duci. Item.l.pen.§.similis. non loquitur de spolijs captis a militibus deinde Duci assignatis: sed de spolijs a principio Imperatori exercitus, seu rei publicæ acquisitis.

Summarium

1 *Ius duobus modis capitur.*
2 *Iuris ciuilis diffinitio.*
3 *Contractus cur dicant bonæ fidei.*
4 *Stipulatio quare inuenta.*
5 *Stipulatio quare dicatur ius: & cur sit stricti iuris.*
6 *Stipulatio an sit proprie contractus.*
7 *Aliquid fieri ipso iure, quid significet.*
8 *Seruus natura, qui sit*
9 *Domus est Societas quædam.*
10 *Ciuitas est generum, pagorumque societas.*
11 *Phantasia, quid.*
12 *Possessionis ciuilis inuentio.*
13 *Possessionem acquerimus per instrumenta animata.*

14 *Qui possidentes, pater & dominus dicitur possidere*

15 *Possessionis ciuilis diffinitio.*

XXXVI. DECLARATIO, possessionis ciuilis.

NVnc tractandum est, de ciuili possessione: sed prius quæro, quid sit ius? Respondet quispiam. ius est ars boni & æqui &c.l.1.ff.de iusti.& iur. Si ita est, ergo iter est ars boni, & æqui. cum iter sit ius. Insti.de ser. rusti. præd. quicquid enim prædicatur de aliquo, prædicatur de eo, de quo illud prædicatur idest omnia superiora prædicantur de inferioribus, in eodem genere positis: nam si animal est substantia, & homo est animal, ergo homo est substantia. ita si ius, est ars boni, & æqui: iter est ius: sequitur, ut iter, sit ars boni, & æqui. Et ideo dicas, hanc ap-
1 pellationem † ius, interdum capi, pro collectione præceptorum, & pro doctrina finita, de infinitis. & hæc collectio præceptorum, est ars, ut dicit glos. in.d.l.1. & ita capiendo ius, pro collectione præceptorum, à Iureconsultis traditorum, meritò potest dici ars, boni & æqui: finis autem Iureconsultorum est, facere bonos ciues.l.1.ff. de iusti. & iur. Alio modo, capitur ius, in toto corpore iuris, ueluti cum dicitur, actio est ius, obligatio est ius, ususfructus est ius, & alia huiuiusmodi, alia est igitur diffini-
2 tio, & quidem uera. † Ius itaque, ut inqnit Aristo.1.Polit. est ordinatio, seu constitutio ciuilis societatis. & quia ciuitas ordinauit, ut quis possit habere iter, in fundo alieno, domino constituente, ideo iter appellatur ius, quasi ordinatio quædam ciuitatis. ita dicas de actu, de uia, de actione, & obligatione, quæ eodem modo, ordinata sunt à ciuitate. hanc ob causam appellantur ius, unde iter est ius eundi, idest ordinatio ciuilis societatis eundi & c. eodem modo de uia, & de aquæ ductu. Item ciuitas ordinauit, ut quis posset uti, frui rebus alienis, domino constituente: & ob id dicitur, usus fructus est ius, idest ordinatio quædam ciuilis societatis. Item ciuitatis ordinauit, ut quis in iudicio coram. Iudice, posset agere, idest postulare, id quod sibi ab aduersario deberetur, idcirco actio appellatur ius, idest ordinatio quædam ciuilis societatis. Item ciuitatis uidens, in contractibus iure gentium inuentis, multa uenire, de quibus partes minime conuenerant: ut pura uendito fundo, ueniebant sterquilinum, stramenta, torcularia, & alia huiusmodi, licet de eis non esser conuentùm. Item uendita domo, ueniebanr seræ, claues, & similia, licet non essent expressa.l. fundi.ff.de actio.emp. Aduerte tamẽ, quòd textus ille, est mendosus. dicit enim fundi, nil est, nisi quod intra se tenet. legendum est, quod in terra, se tenet, non autem intra se, nam si granaria confecta, ex tabulis, sint in fundo, & eorum stipites non sint in terra defossi, non sunt fundi, licet sint intra fundum: at si stipites in terra defossi fuerint, fundi erunt, licet de granarijs, partes non conuenerint.l. granaria.ff. de act. emp. In huiusmodi igitur contractibus, multa ueniebant, de quibus partes non fuerant locutæ, solum enim partes in contrahendo, his utebantur uerbis, uidelicet, agamus, ut inter bonos agier oportet, ut refert Cicero in.3.
3 officio. † ideo tales contractus, ex illis uerbis, sunt dicti bonæ fidei: quia in eis contrahendis, agebatur, ut inter bonos agier oportet. Verum, quia inter contrahentes, interdum nascebatur controuersia, an res aliqua ueniret, uel non ciuitas ad omnem controuersiam tollendam, ordinauit, seu cõstituit quẽdam contractum, in quo nil aliud uenirer, quam id, de quo esset expresse dictum: & quod partes non exprimerent omissum esse intelligeretur.l. quicquid astrin
4 gendæ.ff de uerb. oblig. causa † igitur. quam obrem stipulatio est inuenta, fuit ut tolleretur controuersia, & inter ciues amicitia seruaretur, id quod maximopere legum latoribus curæ est.8.Ethic. non autem fuit necessitas, ut aiunt scribentes in. tit. de uer.oblig. qui contractus appellatus est, stipulatio, a stipulor stipularis, stipulor enim significat interrogo, & promitto: quæ stipulatio, a Iureconf. appellatur uerborum conceptio. l. stipulationum.§. stipulatio.ff de uerb. obli. & meritò, interrogans enim, concipiebat. uerba, idest componebat uerba, & in

K formulam

formulam quandam redigebat, per eamque uerba ita composita, promissor debeat respondere, ut puta promittis equum, promitto. nam si dixisset spondeo, utique non ualebat. dabis, dabo. facies, faciam. & si per alia uerba idem significantia respondebat, nihil agebatur. Insti. de uerbor. obligat. §. 1. & ea uerba ita concepta, dicebantur solennia, quæ hodie sunt sublata: sufficit enim quibuscunq; uerbis, consensum exprimi. Insti.
5 eo. ti. §. sed hæc solennia. Et quia hæc † stipulatio ordinata est à ciuitate. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. & §. de constituta. Insti. de actio. hanc ob causam dicitur, stipulationem esse ius, idest ordinationem ciuitatis. Et quia contrahentes, in concipienda stipulatione, non utebantur illis uerbis, ut inter bonos agier oportet: ob quæ uerba, multa ueniebant in contractu, de quibus nihil fuerat dictum, ut supra diximus: hanc ob causam, stipulatio appellatur stricti iuris, quia in ea nil amplius uenit, quam quod uerbis expressum est. l. quicquid astringendæ ff. de uerbo. obliga.

6 Solet dubitari, an † stipulatio sit propriè contractus? Doct. communiter dicunt, non esse propriè contractum, cum non sit hinc inde obligatorius. l. labeo. ff. de uerbo. sign. Ego uero solitus sum dicere, stipulationem propriè esse contractum. pro qua re scire oportet, reperiri contractum generis masculini, quartæ declinationis, & idem est, quod conuentio. nam contrahere, inter alia significat conuentionem facere: sed stipulatio, propriè est conuentio. l. 1. ff. de pact. ergo est propriè contractus. pro hoc facit titu. de contrahen. stipul. C. Reperitur etiam contractum, generis neutri, & secundæ declinationis, & significat hinc inde tractum, seu obligationem, hinc & inde factã, & hoc non est in stipulatione, cum ex una parte tantum sit obligatio. & ita intelligitur tex. in. l. labeo. ff. de uerbo. sign. dum dicit, contractum in genere neutro, est ultro, citroq; obligatio. Hæc obiter sunt dicta.

Ex supradictis patet, ubicunq; Iurisconsulti dicunt, aliquid fieri ipso iure, intelligẽdum esse, ciuilem societatem, seu legũ conditores ciuitatem repræsentantes, ordinasse illud fieri absque facto priuati hominis. & ubicunque dicitur pœnam, seu moram cõmitti ipso iure, expone, idest ipsa ordinatione, seu constitutione ciuilis societatis, absque facto alicuius: quando aliquid non fit ipso iure, tunc requiritur factum tertij, ut pura interpellatio, seu exceptio. item dum legitur, meo iure facio suo iure facit: exponitur sua auctoritate, sua ordinatione, seu ut ita dixerim, suo arbitrio. Cum itaque ius, sit ordinatio ciuilis societatis, uidendum est, quid sit ciuitas: & ut apertè intelligatur, uideamus partes, ex quibus illa componitur, ex pluribus enim societatibus cõponitur. non enim diffinitur mœnibus. Prima itaque societas, est maris & fœminæ coniugatio, generationis causa. Secunda societas, est domini, & serui natu-
8 ra ipsa. ille † enim dicitur seruus natura, qui non potest mente prospicere quid agendum sit, sed robusto corpore id potest exequi, quod dominus agendum esse perspexit. Dominus quidem natura is dicitur, qui ualet mente & prudentia prospicere, corpore uerò, exequi non potest. Hæc autem societas à natura. utilitatis causa, est ordinata, cum sit utrique utilis. Ex his duabus societatibus, fit domus. domus
9 † enim hic, non sunt ædificia, sed est quædam societas ex marito, & uxore, patre, & filio, domino, & seruo. & cui seruus deest, bos, seu asinus, pro seruo erit: estque constituta gratia quotidianæ conuersationis. Ex pluribus autem domibus, fit alia societas, quæ dicitur pagus, & ita in pagis uixeruut homines sine ciuitate usque ad tempora Noe: & ut alias diximus, eo tempore, non erat nisi possessio naturalis, & terra erat communis; ciuilis enim possessio esse minime poterat, cum nondum esset ciuitas. arg. l. manumissionis. ff. de iusti. & iur. Deinde tres filij Noe diuiserunt orbem in tres partes, ut plenè diximus in discursu iuris naturalis, & gentium, ubi omnino uideas: Postea cœperunt condi ciuitates. ex pluribus enim pagis facta fuit ciuitas, quæ est ciuium multitudo, quæ ita
10 diffinitur. † Ciuitas est generum, pagorumque societas, uitæ perfectæ, ac per se sufficientis, non solum gratia simul uiuendi, sed bene uiuendi. Et quot partes habeat

beat ciuitas, & quid sit ciuis, abundè diximus alibi. Inter alias partes ciuitatis, necessaria est legum ordinatio, seu constitutio: & quicquid a ciuitate ordinatur, seu constituitur, appellatur iustum, seu ius ciuile, quasi ad ciues pertinens. Et quia ars imitatur naturam. Instit. de adopt. uoluit itaque ciuitas in inuenienda quadam possessione, imitari naturam. natura enim ordinauit in homine quinque sensus exteriores, hoc est uisum, auditum, & alios. item sensum communem, per quos anima apprehendit rem, & eius figuram, & similitudinem in rei præsentia: sed in absentia, ipsi sensus, nec rem, nec eius figuram, seu
11 similitudinem retinent. Quamobrem † natura ordinauit, aliam animæ potentiã, quæ appellatur phantasia: quæ similitudinem, & figuram ipsius rei iam perceptam, retinet: per quam similitudinem mens si procul ab re absit considerat, & quasi uidet rem exteriorem. ita ait sanctus Thomas in opusculo de potentijs animæ. Ita ciuitas uidens possessionem naturalem rei corporalis, corpore, & animo tantisper retineri, dum is, qui acquisiuit, ibi sedes haberet, eaque uteretur. l.1.ff.de acqui. pos. at si a fundo discedatur, nullo ibi relicto instrumento, utendi causa possessio naturalis, non retinetur, cum sit usus ipsius rei, & quasi sedium positio, ut supra dictum est. argum. l. quod in rerum. ff.
12 de acquir. rer. domi. † ob utilitatem igitur subiectorum ciuitas ordinauit, ut sicut homo retinet in phantasia imaginem, similitudinemque rei absentis, prius a sensibus perceptæ. ita homo possessionem iam animo. & instrumento animato acquisitam, etiam in absentia ipsius rei, animo per phantasiam retineret, quæ possessio dicitur ciuilis, eo quòd à ciuitate, ordinata, seu constituta sit: eaque est iuris, cum sit ordinatio quædam ciuitatis, ut supra dictum est. Sed quia impossibile est, sine necessarijs uiuere, & bene uiuere Aristo. 1. Polit. ideo quemadmodum in artibus necessarium est, subesse propria instrumenta, ut opus bene conficiatur. instrumentorum autem quæda sunt inanimata, ut puta in naui, remi, temo, & alia huiusmodi necessaria, ad nauim regendam: quædam uerò animata, ueluti ministri, qui remos ducunt, & temonem gubernant siquidem minister in artibus locum in strumenti obtinet, quia sicut instrumentum inanimatum mouetur ab artifice, ita minister uti instrumentum animatum, mouetur imperio præcipientis. Ita in re familiari gubernanda, necesse est patrem familias habere propria instrumenta, quædam scilicet inanimata, ut puta lectos, uestes, aliaq; suppellectilia. quædam uero animata, ueluti seruos, filios, procuratores, colonos, per quos tanquam instrumenta acquirit res, earumq; possessiones, ac dominium. ita Arist. in. 1. Polit. Hoc itaque animaduertens ciui-
13 tas, utilitatis causa ordinauit, & constituit, ut quis per eas personas, tanquam instrumenta animata, acquireret possessiones. l. 1. §. item acquirimus, & . §. per procuratorem l. generaliter eo. ti. & . l. quod meo ibi, & aliũ possessorem, ministerio meo facio, cum similibus. ff. de acquir. pos. & perinde est, ac si ipse acquisiuisset. l. 1. ff. de ui & ui ar. §. quod seruus. nam sicut id, quod fit ab instrumento inanimato, attribuitur artifici, ut puta culter, magis artifici, quam malleo attribuitur. præterea, sicut malleus motus ab artifice, necessitate quadam operatur. l. itẽ mella. ad. l. aquil. ff. in princ. ita quod fit, seu agitur, ab instrumento animato, ut puta seruo, filio, procuratore, & similibus, post susceptum mandatum, attribuitur mandanti patri, seu domino: & à mandante, seu ratum habente, dicitur factum, seu actũ. hanc ob causam, quòd suscepto mãdato, necessitate quadam ciuili, id faciunt, seu agũt, dum tamen id quod mandatum est, sit honestum ita expressè Bar. in. l. si unus. §. seruus
14 meus, col. 1. ff. de iniu. Quamobrẽ † ea, quæ seruus, uel filius, procurator, uel colonus, non pro se, sed tanquam instrumenta possident, pater, seu dominus merito possidere dicuntur. d. l. 1. §. quod seruus. ff. de ui & ui. ar. ait enim Aristo. in. 3. Ethic. ea. quæ per amicos fiunt, per nos ipsos, quodammodo efficiuntur, quippe cum principium sit in nobis, hoc est, quia intuitu, & iussu nostro, hoc faciunt. Item possessionem earum rerum, quas peculiariter seruus, uel filius tenent, pater, & dominus etiam ignorantes acquirunt, quia eorum uoluntate, seu

tacito quodam mandato, tanquã animata instrumenta, possidere intelligũtur. l. 1. §. itẽ acquirimus. ff. de acqui. pos. & d. §. quod seruus. est tamen animaduertẽdum, quod licet per ea instrumenta animata, acquiramus ciuilem, & naturalem possessionem, tamen per ea, solum naturaliter possidemus, ciuiliter autem per nos ipsos, & tam diu nos naturaliter per ea possidemus, quam diu, & illa ita possident: si uerò eiusmodi animata instrumenta, desinant possidere, eo quod inde digressi fuerint, ita ne possiderent, nos etiam possidere desinimus, intellige naturaliter, sicut & illa naturaliter possidebant, ut. d. l. 1. §. quod seruus. ff. de ui & ui ar. & l. peregrè. §. fi. eo. tit. Ex supradictis itaque colligitur, quod quemadmodum possessio naturalis, facti cum sit usus rei, ut supra declaratum est: ita possessio ciuilis, est iuris, cum sit ordinatio ciuitatis: & ubicunque leges dicunt, possessionem esse iuris, semper loquuntur de possessione ciuili. & ita intelligitur rex. in. l. peregrè. ff. de acqui. pos. & alia allegata per Doctores. Ex his ergo porest colligi diffinitio possessionis ciuilis,
15 quæ ea sic.† Possessio ciuilis est ius, idest ordinatio ciuilis societatis, qua quis etiam absens possidet rem corporalem apprehensam, per se, uel per instrumenta animata, procedens ciuiles effectus. In hac diffinitione ponitur ius, ut genus, ius enim, non solum conuenit possessioni ciuili, sed itineri usufructui, actioni obligationi, & mille alijs. post genus, ponitur differentia, qua possessio differt ab alijs quæ sunt iuris. item dum dicitur, qua quis etiam absens &c. nam licet actio, sit ius, non est ius, nisi agendi, non autem possidendi: ita de alijs, ut clarè patet differt a naturali, quia illa facti, ut supra, hæc autem iuris.

Summarium

1 *Possessio naturalis non acquiritur aspectu.*
2 *Ordinatum à ciuitate ciuile est.*
3 *Possessio ciuilis potest sine naturali acquiri.*
4 *Occupandam fundum Domino absente possidet naturaliter & ciuiliter, & nu. 8*
5 *Qui si è fundo discedit, retinet ciuilem.*
6 *Possessio non est simul clandestina, & uiolenta.*
7 *Absens non amittit possessione ciuilem etiam tempore longissi.*
9 *Interdictum unde ui, cui competat.*

XXXVII. DECLARATIO, an possessio naturalis retineatur ab absente. Et clam ingressus Domino absente, possidet naturaliter & ciuiliter.

QVærunt Doctores, an possessio naturalis, retineatur ab eo qui exit de fundo? & communiter dicunt. eã retineri in conspectu, per decem miliaria, quia eodem modo acquiritur. l. 1. §. si iusserim. ff. de acqui. pos. & l. quod meo. §. si per uenditorem. ff. eo. si uerò non sit in conspectu, 1
tunc aut quis habet naturalem mixtam, cũ ciuili, & tunc amittit naturalem, & retinet ciuilem: hac ratione, quod animus fatigatur, in retinenda naturali, & ciuili. Aut quis habet solam naturalem, sine ciuili, ut est usufructuario, & tunc possidens, retinet eã, quocunque eat. ita Doctores. O admirabilem rationem. fatigatur inquiunt, animus in retinenda naturali, & ciuili simul, & tamen non fatigatur, in retinendis innumeris, & diuersis phantasmatibus, ac rerum simili rudimibus, quarum plena est phantasia: quãobrem relicta hac opinione, dicas, cum primum quis exit de fundo, non relicto ibi aliquo instrumento, utendi causa, amittit naturalem possessionem, etiam si ita esset in 2
conspectu, ut fundum oculis uideret, cum. n. possessio naturalis, sit usus rei, ut supra ostensum est, necessariò sequitur, qui non utitur fundo, eum naturaliter non possidere. ualet enim argumentum à genere, ad speciem negatiue. l. quod in terum. ff. de leg. 3. nam si non est animal, non est homo. At si discedens, reliquisset in fundo sedes, uel gregis caulas, seu colonum, seu familiam, per quam tanquam instrumenta, uteretur fundo, non amitteret naturalem possessionem: non enim animo deferendæ possessionis discessisset, cum instrumenta ibi reliquerit, & si non immediate, saltè mediate uteretur. ar. l. 1. §. deiecesse. ff. de ui & ui ar. & §. quod seruus. Nec obstat argumentũ. quo utuntur Doctores. aiunt. n. sicut acquiritur possessio

per aspectum, uidelicet oculis, & affectu.d. §.si iusserim,&.§.si per uenditorem. ita retinetur: eum multo facilius retineatur, quã acquiratur. arg.l.patre furioso.ff.de his qui sunt sui uel alie.iur. Huic enim argumento
1 facilè occurritur, † negando naturalem possessionem acquiri per aspectum, cum sit usus rei, & sit quasi positio sedium, & rei quædam detentio.l.1.ff.eo.& supra diximus. Et illi textus citati a Doctoribus, loquuntur de ciuili possessione tantum: nam ciuitas ordinauit, ut emptor ostendente uenditore ex turri rem uenditam, uideatur eam possidere: uel si iusserim uenditorem id quod emerim in domo mea deponere, uoluit ciuitas id à me possideri non minus quod si pedem in rem intulisse. nam sicuti percipio oculis naturalem rei similitudinem: ita per eam similitudinem ordinatione ciuitatis, acquiro ciuilem possessionem. si igitur a ciuitate hoc inductum est, sequitur, ut sit posses-
2 sio ciuilis. † quicquid enim a ciuitate ordinatur, ciuile est, hoc est ad ciues pertinet. Et quod illi textus non loquantur de naturali, probatur: id enim quod naturale est hominum, simul cum genere humano natura prodidit.§.singulorum.Insti.de rer.diui. possessio ergo naturalis fuit introducta de iure naturali hominum, ut inferius dicetur: quo iure non erat uenditio, cum de iure gentium introducta fuit.l.ex hoc iure.ff. de iusti.& iur. illi ergo textus loquuntur de possessione tradita ab emptore: ergo loquuntur de possessione ordinata à ciuitate. Ex
3 quo infertur † possessionem ciuilem posse acquiri, interdũ sine naturali. hoc est, quod dicit tex.in.d.§.si iusserim. dum ait, non.n. corpore, & actu, necesse est apprehendere possessionem. supple tu, ciuilem, sed etiam oculis, & affectu acquiritur. possessio uerò naturalis, sine corpore, & usu rei, acquiri nequaquam potest.l. quemadmodum.ff. eod. etiam de ciuili. loquitur text.in.l.clauibus ff.de contrah.empt. ubi ordinatum est à ciuitate, seu ab eius legum latoribus, ut clauibus traditis apud horrea, uideatur tradita possessio mercium in horreis conditarũ. possessio scilicet ciuilis. & nota uerbum illud uideatur: est enim possessio illa ficta à iure, quæ pro uera habetur. si ficta, ergo nõ naturalis, cum natura nihil fingat ut diximus. Præterea dum Paulus in.l.3.ff. de acquir.poss.dicit, sufficere quamlibet partem fundi introire, dum mente & cogitatione hae sit, ut totum fundum usque ad terminum uelit possidere. loquitur de possessione ciuili, hoc est ordinata a ciuitate: non.n. dicitur naturaliter possidere, qui partẽ fundi simpliciter intrat, cum eo non utatur, ut supra dictum est. de ciuili etiam loquitur l.quarundam. eo.tit.

Ex supradictis collige has conclusiones. Possessio naturalis amittitur, cum primum quis discedir a fundo, etiam si fit in conspectu. Item tex. in.d.§.si iusserim. & in.§. si per uenditorem.& tex.in.l.clauibus. loquuntur de ciuili. Item ciuilis possessio, potest interdum sine naturali acquiri.

Adde quod quemadmodum, si dominus utitur fundo, tantisper dum ibi est, & naturaliter, & ciuiliter possidet: si uerò discedens neminem ibi relinquat, absens animo retinet ciuilem.l.licet.C. de acquir. poss.l.
4 clam.§.qui ad nundinas.ff.eo. † si interim illo absente alius clam ingressus sit fundũ, eoq; utatur, & naturalem quæ est ipse rei usus, & ciuilem habet possessionem, & si ex eo fundo discesserit, retinet animo ciuilem.d.l.licet.quæ indistinctè loquitur. possidebit ergo & dominus absens ciuiliter, & is qui clam intrauerat. inde digressus, etiã ciuiliter possidebit: eum sine controuersia, ut inferius demonstrabimus, duo possint insolidum ciuiliter possidere. At si is, qui clam possidebat, reuertentem dominum non admiserit, ui non clam possidet.d.§. qui ad nundinas, dominus certè possessionem amittit.l.si id quod.§.si.ff.de acqu.pos.

Sed quæritur, cui illa possessio amissa acquiritur? glos.in.l.sed & si nolit.ff. de acquir.pos. dicit, amissam acquiri ei, qui clam possidet, & sic incipiet possidere etiam ciuiliter. uult igitur glos.eum qui clam fundo utitur, possidere naturaliter, non autem ciuiliter: sed si è fundo discedat, naturalem certè amitti, quia non utitur. & ita secundum glos. nullo modo possidet, si è fundo
5 discesserit. Tu dicas, † ab eo, qui clam etiam possidet, si est absens, animo retineri, iuilem, ut dictum est. Sed obijeitur, ergo ha-

go habebit duas ciuiles: unam quam prius habebat: alteram quam dominus amisit, secundum glos. sed hoc non est recipiendum. nam illa possessio, quam dominus repulsus amisit, nemini acquiritur, sed euanescit: quemadmodum si quis habens scientiam musicæ, si per obliuionem eam amitteret, illa profectò acquiritur nemini, sed euanescit. non habet igitur hoc modo, qui clam possidebat, duas ciuiles, sed unam tantum, quam ex persona sua habebat.

Sed dices, si is qui clam possidebat, non admisit dominum, possidet ui, & sic clam, & ui possidebit: erit igitur eius possessio clandestina, & uiolenta, id quod nullo pacto fieri potest, cum duæ contrariæ qualitates in eodem subiecto simul stare nequeant? glos. & Doct. in. d. §. qui ad nundinas, uarijs mo-

6 dis respondent. Tu dicas, † possessionem illam, non esse simul & clandestinam, & uiolentam, sed quæ prius erat clandestina, deinde efficitur uiolenta: quemadmodum, si haberem uestem albam, si deinde colore nigro inficeretur, efficereturque nigra, non esset simul alba & nigra, sed adueniente colore nigro, euanescit albus. ita adueniente uiolentiæ qualitate, euanescit clandestina qualitas: & hoc innuit Iureconsf. in. d. §. qui ad nundinas, ibi, ui magis intelligitur possidere, non clam. Nota illa uerba, non clam. quibus Iurecon. innuit, repulso domino, occupātem, non amplius clā sed ui possidere: idcirco, & naturalis & ciuilis prius erat clandestina, deinde domino repulso, utraque efficitur uiolenta, & ita cessant obiectiones. non habebit igitur ingressus duas ciuiles, nec duæ qualitates contrariæ erunt simul.

7 Et nota † absentem, non amittere possessionem ciuilem tempore etiam longissimo, obliuione uerò bene amittit. d. l. licet. & ibi glos. ult. nam quemadmodum absens retinet animo, seu phantasia, fundi similitudinem, quo ad uiuet, nisi obliuio intercedat: ita per eam similitudinem retinet possessionem ciuilem, etiam, quo ad uiuet: sed si illa similitudo obliuione pereat, perit & ciuilis possessio. Et quemadmodum Deus posset facere, ut is amitteret fundi similitudinem, etiam antequam obliuisceretur: ita ciuitatis, ui domina, potest facere, ut dominus reuersus, & repulsus, seu putans se posse repelli, amittat ciuilem possessionem: nam sicut ciuitas eam inuenit, ut sæpius dictum est, ita & ciuitas potest facere ut ea, tali modo amittatur.

Ex supra dictis concludo, eum, qui fundum domino absente, clā ingreditur, prius clam naturaliter, & ciuiliter, deinde repulso domino per uim, possidere.

Sed dicet quispiam, ergo & natura, quæ semper est bona, & ciuitas quæ est recta, inuenit uiolentam possessionem? Respondeo, minime. nam quemadmodum, natura ipsa, est quædam naturalis acquisitio, ex terræ fructibus, & ex animalibus, quæ est honesta, & laudabilis per se: sed si quispiam clā, seu per uim acquirat fructus, & ideo acquisitio dicetur clandestina, seu uiolenta, non idcirco acquisitio, quæ natura ipsa reperta est, mala appellari debet, sed illa qualitas uiolenta, & clandestina est mala. Item gemmæ, seu preciosi lapilli, sunt boni natura ipsa: si furto subtrahantur, dicuntur gemmæ, & lapilli furtiui. §. furtiuæ. Insti. de usucap. & licet adijciatur illa qualitas furtiui, non ideo desinunt esse preciosi, & boni lapilli in se. Ita in casu nostro, licet possessio naturalis, & ciuilis, dicatur uiolenta, non ob id desinet esse bona in se. illa enim qualitas ab homine addita, est mala, non ipsa possessio, à natura bona, & à recta ciuitate inuenta dicetur mala.

8 Et quia supra dictum est † eum qui domino absente, clam fundum intrauit, etiam ciuiliter possidere: uidebitur fortasse cuipiam duriusculum, sed hoc uerum esse ita demonstratur: finge Titium è fundo, in quem clam intrauerat, discessisse, & ita sine controuersia naturaliter non possidet, cum nec sit in fundo, nec eo utatur. finge deinde, Sempronium eundem fundum possidendi animo intrasse. finge, rursus. Titium reuertentem. a Sempronio non admitti, dicetur profectò. sine controuersia deiectus. l. si id quod. §. si. ff. de acqui. pos. l. 1. §. idcirco. ff. de ui & ui ar. sed à qua possessione deiectus à naturali? certè non, quam absens non retinebat, ut sæpius dictum est. dicetur necessario a ciuili deie-

li deiectus, quam animo retinebat. d.l. licet. C. de acqui. pos. & a ciuili sola potest quis deijci. l. 1. §. deijcitur. ff. de ui & ui ar. Habe
9 bit igitur † interdictum unde ui. l. 1. §. quia a me. ff. de ui & ui. ar. Quod non datur nisi ei, qui tunc, cum deijceretur, possidebat. sed Titius quando fuit deiectus, non possidebat naturaliter, ergo necessariò, tunc ciuiliter possidebat, cũ habeat interdictum undè ui, quòd non datur nisi ei, qui tunc, cũ deijceretur possidebat. Hinc fit, quod etiam prædo deiectus, est restituẽdus. l. si quis ad se fundũ. C. unde ui. siue igitur prædo deijciatur a naturali, hoc est dum utitur fundo, siue a ciuili, hoc est si egressus è fundo, reuertens, non admittatur, sine dubio restituendus est. l. 1. §. quia a me. ff. de ui & ui ar.

Concludo igitur, occupantem alienum fundum, seu clam, seu ui, & naturaliter & ciuiliter possidere; licet dominus absens retineat ciuilem. d. §. qui ad nundinas, si quidem ex opinione nostra inferius firmanda, possunt duo insolidum ciuiliter possidere, ut in decl. 39.

Summarium

1 *Vsusfructuarij ius, dicitur ciuile.*
2 *Insistere fundo, non est naturaliter possidere.*
3 *Et illa insistentia impropriè dicitur possessio naturalis.*
4 *Vsusfructuarius nec mere naturaliter, nec mere ciuiliter possidet.*
5 *Acquisitio quædam naturalis, quædam industrialis; quædam mixta.*
6 *Vsusfructuarij possessio est mixta.*
7 *Pro qua habet interdictum, unde ui.*

XXXVIII. DECLARATIO, quomodo usufructuarius possideat.

QVærunt Doctores, an usufructuarius possideat fundũ, in quo habet usumfructum? & super hoc maxima inter eos disputatio est. alij enim usufructuarium possidere aiunt propterea quod datur ej interdictum unde ui. l. 3. §. unde ui. ff. de ui & ui ar. quod quidem non datur nisi possidenti. l. 1. §. interdictum autem hoc. ff. eo. sequitur necessario, inquiunt ipsi, usufructuarium possidere, alioquin non haberet interdictum illud. Alij uerò asseuerant, ab usufructuario fundum nullo modo possideri. l. 1. §. per eum. ff. de acqui. pos. ibi, illum non possidemus, & in. §. sed bonæ fidei. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. & l. certè. §. is qui rogauit. ff. de preca. Omissis, quæ tam confuse dicũtur, ita dici posse arbitror, uidelicet. aut quærimus, an usufructuarius possideat ius utendi? & Doctores dicunt, illud ius quasi possideri ab usufructuario naturaliter, & ciuiliter: & ideo potest illud præscribi longo tempore. Tu uerò dicas,
1 † uerum esse, illud ius possideri ciuiliter, naturaliter uerò non, & in hoc errant Doctores: quoniam naturaliter id solum possidetur, quod iure naturæ potuisset possideri. sed usufructus, cum sit ius ordinatum a ciuitate, non potuisset eo tempore, quo iure naturæ, uiuebatur, possideri: cum eo iure non esset introductus. d. l. 1. §. interdictum, sicut dicimus, de iure naturæ, non fuisse manumissiones, cum non essent seruitutes. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. concludo igitur usumfructuarium possidere illud ius utendi, ciuiliter duntaxat, non autem naturaliter.

Aut quærimus, an usufructuarius possideat fundum, in quo habet usumfructum,
2 & tunc est considerandum, quod † insistere fundo, non est eum naturaliter possidere. nam possessio naturalis, est usus fundi. l. quæstio. ff. de uerb. sign. & supra ostensum est. illa quidem insistentia in fundo, non est usus. fundo enim uti, quid aliud est, quam arare, colere, fructusque colligere. differt igitur usus àb ea insistentia: licet interdum, hæc insistentia dicatur possessio naturalis, propterea quod, est medium, & uia, & instrumentum, ad possessionem naturalem, quia sine ea, non potest, esse naturalis possessio, quæ est usus, quoniam impossibile est, ut quis utatur superficie, nisi ei insistat. Et sicut instrumenta aliquo modo dicuntur facere, sed non pro-

priè. malleus enim dicitur facere cultrum, & pecten telam: largo tamen modo, quia sine eis. artifex non potest opus efficere, & ideo instrumenta ad causam efficientem referuntur. Aristo.2.Phys. Artifex uerò dicitur propriè,& uerè facere, ut supra dictũ
3 est. ita † insistentia illa in fundo, dicitur largo modo,& impropriè possessio naturalis, quia sine ea, iussus fundi, quæ est uerè & propriè possessio naturalis, esse non potest.

Est igitur possessio naturalis æquiuoca. potest enim capi propriè & impropriè. in dubio, dum dicitur quis possidere, uel non possidere naturaliter, intelligendum est de propria possessione.l.hoc legatum.ff.de leg. 3.Iraque, si quæratur utrum usufructuarius insistens fundo, possideat eum naturaliter? Respondeo, propriè nequaquam: ut est tex. in.l.certè.§.is qui rogauit.ff. de preca. non enim sequitur est in fundo, ergo possidet, ut
4 ibi. At si quæratur † utrum usufructuarius possideat ipsam superficiem, quæ dicitur possessio separata a fundo, seu agro.d.l.quæstio ff.de uerbor.signifi.& tunc respondeo eum nec merè naturaliter, nec merè ciuiliter possidere: cum eius possessio, non sit nec mera naturalis, nec mera ciuilis, ut ostendam, & ita intelliguntur leges, quæ dicunt usufructuarium non possidere. intellige tu, nec merè ciuiliter, nec merè naturaliter, ut dixi: possidet tamen mixta quadam possessione.& ita intelligitur tex.in.l.3.supra allegata.§.unde ui.& alij similes, in quibus dicitur, usufructuarium possidere, & hanc mixtam possessionem retinet quocunque eat.

Pro ueritate huius quæstionis sciendum est, quod quemadmodum reperitur mera actio personalis,& mera realis. Insti. de actio.in princ.ita reperitur quædam actio, quæ habet mixtam causam, tam personalis, quam realis.§.quædam actiones. Instit. de
5 actio. Item, sicut reperit † acquisitio quædam naturalis, quæ est, quando quis acquirit id, quod natura propter ipsum fecit: ut puta, fructus terræ, & animalium, qui sunt ad uitam necessarij alia est acquisitio, quæ non est naturalis, sed industrialis pœnitus: ut quando quis acquirit, non ex fructibus terræ, nec ex animalibus, sed ex mercatura, & fœnore. Item est alia acquisitio mixta, quæ non est mera naturalis, nec mera industrialis, sed habet partem utriusque: ut puta, acquisitio quæ fit ex metallo, & sylua cædua. habet enim partem eius, quæ est secundum naturam. acquirit enim a terra, & ab aliis, quæ sunt terræ. habet etiam partẽ eius, quæ est industrialis, quia acquisitio ista non est necessaria ad uitam, sed utilis. Aristo.1.Polit.

Ita in proposito, quoniam usufructuarius utitur fundo ad percipiendos fructus, ad uitam necessarios, quos natura hominum causa procreauit. Insti.de rer.diuis.§. in pecudum. natura enim plantas, & animalia, ad uitam hominum produxit: Aristo.1.Polit. & quando quis utitur his, quæ natura propter ipsum fecit, usus ille est naturalis, ut di-
cit ibi sanctus Thomas. Quamobrem, usus ille usufructuarij uidebatur naturalis, & sic possessio mera & propria naturalis, quæ est usus rerum naturalium, ut demonstratũ est. sed quia, illud ius quo usufructuarius utitur fundo, constituitur ab alio. Insti. de usufruc. & ordinatum est a ciuitate, propterea nõ potest dici mera possessio naturalis, sed potius ciuilis cũ iure naturæ homines utebãtur rerũ arbitrio, absque alia constitutione, ut hodie patet in littore maris.l. quod in terũ. ff.de acqui.rer. domi. Néc potest dici mera ciuilis, cum sit quidam usus secundum naturam, & sic uidebatur naturalis: erit ergo
6 † mixta quædam possessio, quæ nec ciuilis, nec naturalis simpliciter dici potest, propterea quod, nullum mixtum, seu compositum est simpliciter aliquid eorum, ex quibus cõponitur. mulsum enim eum componatur ex melle,& uino, non erit neque mel, neque uinum, sed est species altera, ab illis.§. cum ex aliena. Insti.de rer.diuis. ita etiam dicendum est de possessione usufructuarij. & ita intelligitur tex. in.l. naturaliter.ff. eo ubi Vlpianus ait, naturaliter uidetur possidere is, qui usumfructum habet ubi apparet, usufructuarium non simpliciter possidere naturaliter: uerbo enim uidetur, impropriètas quædam significatur.l.1.§. deiecisse. ff.de ui
7 & ui ar.& hanc † possessionem mixtam retinet usufructuarius, quocunque eat, ideo habet interdictum unde ui.l.3.§.unde ui.ff. de de ui & ui ar.

Collige

Collige ergo ex supradictis has conclusiones. Possessio usufructuarij, nec mera est naturalis, nec mera ciuilis. Item, possessio usufructuarij est mixta. Quæ retinetur animo ab usufructuario, ubicunque sit. Item interdictum unde ui, propriè & directum, datur usufructuario pro recuperanda possessione sua mixta: non dico possessione iuris utendi, sed possessione fundi.

Summarium

1 *Phantasia, quid.*
2 *Ratio cur duo ciuiliter possunt possidere.*
3 *Absens naturaliter non posidet.*
4 *Duo, pluresue possunt eandem rem insolidum possidere.*
5 *Possessio ciuilis producit præscriptionem.*
6 *Dominium primi Domini non transfertur in præscribentem, sed extinguitur.*
7 *Possidere insolidum duo naturaliter non possunt.*
8 *Vsufructuarius & usuarius insolidum ciuiliter possidere possunt.*
9 *Possidens naturaliter Domino absente an possit præscribere statim uel expectandum longum tempus.*

XXXIX. DECLARATIO, utrum duo possint insolidum eandem rem ciuiliter posidere.

SOlet præterea quæri, utrum duo possint eandem rem in solidum ciuiliter posideri? Scribentes ferè omnes in.l. posideri.§.ex contrario.ff.de acqui.pos.negant prorsus id fieri posse. Pro ueritate igitur sciendum est, quod quemadmodum, potentia uisiua, uidens rem præsentem, colore affectam, ex ea percipit speciem, seu similitudinem quandam, eamque illico sensui offert communi, qui sua uirtute, quis color ille, quæ ue res illa sit, facilè discernit. Sed potentia uisiua, ac sensus communis, tantisper uidet rem illam, dum adest, præsensque est: at si paululum ab ea auertantur, nec eam amplius uudent, nec uidisse recordantur. quamobrem necessarium fuit, ut natura
1 aliam instituerent potentiam, † quam phantasiam appellant, quæ illius rei iam uisæ speciem, seu similitudinem, a sensu communi acceptam, protinus caperet, conseruaretque, etiam si ab ea re longius discedatur. per hanc igitur similitudinem, siue præsens, siue absens, quis sit, rem illam præsentem, absentemque uidet, atque ex eius figura rognoscit quid sit id, quod intuetur. ut uerbi gratia, æquus. Hoc itidem fiet, si duo, seu plures simul, uel separatim uident eundẽ æquũ, quisque.n. illorum, totam integramque illius æqui figurã, seu similitudinẽ percipiat, perceptamque in sua conseruabit phanta-
2 sia, † per quam, dico similitudinem, uterque simul, & insolidum ipsum æquum etiam absentem, poterunt intueri, ut quisque uestrum facilè experiri potest. Ita etiam dicendum est, in quæstione proposita. si.n. aliquis introibit fundum, eoque insistens, utatur, arando, seminando, fructusque colligendo, quos natura hominum causa produxit, ut ait Aristo.1.Polit.dicetur profectò, naturaliter illũ posidere: cũ possessio naturalis, nil aliud sit, quam ipsius rei usus quidam.l. quæstio. ff.de uerb. sig. & supra in illius diffinitione demonstratum est. & confirmat glos. in.l.2. C.fini.reg.in uer. finiatur. quã ad hoc citat. Ias.in.d.§.ex contrario. col.7.nu.34.hic au-
3 tem † tam diu naturalem retinebit possessionem, quam diu fundo insistens eo utatur. at si de fundo discesserit, naturalem illam possessionem, illico amittet. quamobrem necessariam, ac utile fuit, ut ciuitatis aliam introduceret, quam ciuilem appellare licet, ex eo quod ciuitas eam introduxerit, per quam, is qui è fundo egressus esset, & si longè abesset, illum ciuiliter posideret: ut qua ratione naturalem fundi similitudinem, & si longius absit retinet, eandem, per eam, similitudinem retineret ciuilem possessio-
4 nem. Quemadmodum igitur, si † duo plures ue introiuerint, uel saltem uiderint eandẽ fundum, omnes simul, & insolidum totam integramue illius fundi similitudinem perciperent, eamque phantasia etiam absentes retinerent: eodem modo per eam similitudinem omnes insolidum eũdem fundum ciuiliter possidere dici possent, etiam si ab eo fundo discesserint. Sed supradictis occurrunt Doc.& præcipue Ias. in.l.posideri.§.ex contrario in.5.col.uers.tertio potest induci. aiunt enim actus ciuiles imitantur

L natura-

naturales: sicut ergo insistentia naturalis respectu eiusdem rei non potest esse penes plures insolidum, ita nec insistentia ciuilis, hæc Ias. ad uerbum. Sed hæc facilè diluuntur: dum enim aiunt actus ciuiles amittari naturales, non bene sentiunt. actus enim alicuius facultatis imitari quidem non possunt quippe cum actus sint causæ affectrices effectus. non enim pictura naturam imitatur, sed ars seu pictor. Sed dicent ipsi sit sanè ut ais, ars saltem imitatur naturam. hoc uetum est. §. minorem. Insti. de adop. sed illa rei ut ita loquar insistētia, non a natura, sed ab homine fit: ars autem & consequenter facultas legumlatrix, non hominē sed naturam imitari conatur. sed quemadmodū natura constituit posse a pluribus eiusdem rei similitudinem in phātasia retineri, ut supra dictum est: ita ars, idest facultas legūlatrix, constituit à pluribus per illam similitudinē rei in phantasia retentam posse eandē rē ciuiliter possideri. Ex his facilè colligitur posse, a pluribus eandem rē ciuiliter possideri.

Sed huic conclusioni scribentes ferè om-
5 nes, ita occurrunt. aiunt enim, † ciuilē duntaxat possessionem producere præscriptionem, ut ex eorum scriptura satis constat in .l. possideri. §. ex contrario. ff. de acquir. pos. quibus & ego facilè assentior. iure enim ciuili usucapio, & præscriptio cōstitutæ sunt. insti. de usucap. in princ. hi autem sunt possessionis effectus. quo iure igitur effectus introductus est, eodem & eius causa introducta est. ar. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. Quid inde? audi quid sequatur. si possessio, inquiunt, ciuilis producit præscriptionem, non est dubium quin per hanc dominium acquiratur. Insti. in princ. de usucap. ergo si duo plures ue eundem fundum insolidum ciuiliter bona fide. & cum titulo possiderēt, proculdubio sequeretur, ut duo plures uè eiusdem fundi, insolidum acquirerent dominium: & tamen inreconsi. in .l. si ut certò §. duobus uehiculum. ff. commod. ait duorum insolidum dominium esse non posse. hoc igitur prohibito, censetur etiam prohibitum, ne duo possint insolidum ciuiliter possidere: per hoc enim peruenitur ad illud. argument. oratio. ff. de sponsa. Pro responsione, scite oportet, quòd licet, mille & mille guttæ decipiunt in lapidem, ultima tamen cauat lapidem, præcedentes autem mollificant, ac disponunt, ut facile ab ultima caueturt: hoc ita fieri naturales affirmant. ita, in proposito, licet possessio decē annorum faciat acquiri dominium, ultimo tamen decimi anni die, imo ultimo illius diei momento, ipsi possidenti acquiritur dominium: extincto tamen prius eodem momento penitus primi ciuiliter possidentis dominio. hæc autem ita fieri ostendit glos. in .l. possideri. §. ex pluribus. ff. de acquiren. possess. in uer. possideo, prope finem. & ibi Ias. col. 5. num. 31. uers. tertia notabilis conclusio. Et quemadmodum ignis paulatim ex ligno acqueum humorem, ueluti sibi contrarium expellit, paulatimque illud ad nouum ignem educendum præparat, quo circa humore penitus expulso, confestim nouus ignis accenditur: ita, ad propositum, usucapio seu præscriptio, paulatim dominium primi domini debilitat: quo debilitato, atque ultimo decennij momento penitus consumpto, nouum possidenti domi-
6 nium producit. non † enim per præscriptionem dominium primi transfertur in præscribentem, sed eo extincto nouum acquiritur. si ita est, quonam modo fieri potest, ut duobus eodem momento insolidum eiusdem rei, acquiratur dominium?

Qui igitur prius bona fide à non domino fundum emerit priusque præscriptionem perfecerit, is prior dominiū acquirit, alter uerò qui posterius emerit, seruusq; præscriptionē perfecerit, dominiū minime una cū primo acquirit. Et si obijcies, frustra igitur hic posterior emptor bona fide, & titulo apprehendit possessionem, frustraque in ea perseuerauerit, id quod esse non debet. lex enim & natura nihil frustra operantur. Aristo 1. Polit. & .l. hæc stipulatio. §. diuus ff. ut leg. no. cauea. respondebo, minimè id frustra factum esse. quoniam sicuti prior possessor extincto dominio primi domini, ita ut supra scriptum est, nouum per suam usucapionem acquisiuit: ita hic posterior paulatim debilitato, & tandem extincto primi bona fide possidentis absentisq; dominio, nouum sibi ita possidendo acquirit: & ita dominium duorum non erit insolidum a

Et si rursus quæras, quid si duo simul apprehendant possessionem? tunc dicam, aut alter sciebat ab altero possessionem eiusdem fundi apprehēsam fuisse, & tunc neutri ob malam fidem acquiri dominium confirmabo. erit.n.alter alteri impedimento. Aut alter ignorabat ab altero id factum, eo quòd alter unam fundi partem, alter uerò alterá introiuit (finge fuisse magnum fundum) sufficit enim quamlibet partem fundi introire dum méte & cogitatione ea fit, ut totú fundú uelit posSideri.l.posSideri in princ.ff. de acqui.pos.quo facto, si dices, utrunque insolidum ciuiliter posSidere, proculdubio insolidum utrique acquires dominium, cum eodem momento uterq; perficiat præscriptionem. urget profectò argumentum. Sed ego a te uicissim quæro, quid si duo simul in littoré maris inuenerint lapillum, eumq; simul apprehenderint, ita ut discerni non possit uter eorum prior apprehenderit, acquiretur ue lapillus uni, an utrique insolidú? si dicas uni: rursus quæram, quis erit is? cú non appareat, uter prior apprehenderit. At si fortasse dicas, insolidum utrique acquiri: hoc dicens, tu ipse reijcis, quod paulo ante obieceras. poterit enim per te, dominiú esse duorum insolidum, poterunt itaque duo etiam insolidum ciuiliter posSidere. Si uero dicas, quod te dicturum magis puto, neutri hoc casu acquiri dominium: litem tuam facies aduersus imperatorem, qui dicit huiusmodi lapillum acquiri inuentori. §. item lapilli. Insti. de rer. diuis. quicquid igitur in hac controuersia dixeris, idem, & ego in superiori dicam. At si urgeas, ut dicam, quid in hoc sentiam? dicam equidem puto & in hac, & in superiori quæstione utriq; pro indiuiso pro parte, dominiú acquiri, id quod fieri posse Iureconf. ostendit, in d.§.si duobus uehiculum. Ex supradictis responderi potest ad id, quod itidem de fructu obijcient. dicent enim mihi fortasse aduersarij, si duo possent ut ais, rem insolidum ciuiliter posSidere, facerent profectò, & insolidum fructus suos, quod fieri nequaquam posse Doctores aiunt, in.d.§.ex contrario. ad hoc igitur reijciendum, eadem quæ supra de dominij quæstione dicta sunt, repetantur: est enim quasi eadem oppositio. uel dicas duos non posse fructus suos insolidum facere, quia non possunt simul insolidú eundem fundum colere, fructusq; insolidú colligere. Stet igitur conclusio hæc, duo pluresue possunt eandem rem insolidum ciuiliter posSidere.

Nec huic conclusioni aduersatur text.in l.3.§.ex contrario.ff.de acquir pos. propterea quòd loquitur de naturali possessione: id quod exemplum ibi positum satis demonstrat. dixerat enim, Iureconf. in prin. plures non posse insolidum eandem rem posSidere. subdit deinde exemplum inquiens, non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare uidearis, in eodem loco, in quo ego sto, uel in quo ego sedeo,
7 tu sedere uideatis. hoc enim exemplú, † naturali, non ciuili possessioni consentaneum est. nam hoc modo Iureconf. ducit argumentum, quemadmodum non possum ego sedere, ubi tu sedes, ita non possum ego arare, ibidem ubi tu aras, nec colligere eosdē fructus, quos tu colligis: id quod est naturaliter posSidere, ut dicit glos. in.l.2.C. fin. regun. in uerbo, finiatur. eadem ratione, nec usufructuarius, & usuarius possunt insolidum naturaliter posSidere. non enim possunt simul insolidum eosdem fructus colligere. Errauit itaque Bar. in.d.§.ex contrario. nu.10. ubi ait, naturalem possessionem, posse apud duos insolidum esse firmat hoc per.l.ult.§.fin.ff.uti posSi. ubi Iureconf. non dicit id ad quod a Bar. citatur. non.n. ait, usufructuarium, & usuarium insolidum posSidere: sed dicit alterum usum, alterum sibi usumfructum tueri, quod facilè fieri potest. nam usuarius tantum fructuum, ex fundo colliget, quantum satis erit singulis diebus ad uitam, reliquos autem percipiet usufructuarius. non igitur posSident insolidum, sed pro parte, pro indiuiso, ita tenet ibi glos. cui potius assentior. Dico tamen,
8 † usufructuarium. & usuarium posse eandem rem insolidum posSidere ciuiliter. habent enim quandam possessionem ex naturali, ac ciuili, mixtam, ut supra dictum est, in quæstione de usufructuario. respectu igitur ciuilis possessionis poterunt eandem rem insolidum ciuiliter posSidere, cú ex nostra sententia, posSint plures ciuiliter insoli-

 dum

dum possidere, ut dictum est supra. Quod autem possint duo insolidum possidere, aperte ostendit Paulus in.l.si duo.ff.uti possi. cuius hæc sunt uerba, si duo possideant insolidum, & cetera, posset ne, hoc clarius dici? aut igitur naturaliter, aut ciuiliter possident. naturaliter nequaquam, id enim fieri non posse supra demonstratum est. nam quemadmodum impossibile est, ut duo simul in eodem loco stent.d.§.ex contrario. ita impossibile est, ut duo simul eundem locum insolidum arent, ac seminent, simulque eosdem fructus insolidum percipiãt, & hoc ipsum est, naturaliter possidere, ut dicit glos. in.d.l.2.C.fini.reg.restat igitur ut, lex illa, intelligatur de ciuili possessione, qua duo, pluresue facile insolidum possidere possunt, ut supra liquide demonstratum est.

Ex supradictis audacter dicito, duos pluresue facile posse eandem rem insolidum ciuiliter possidere.

Ex suprascriptis etiam facilè reijci potest opinio glos.mag.insi.in.l.1.C.de ser.fugit. quam refert, & sequitur Ias. nu.45. ubi

9 ait. † donec dominus retinet ciuilem rei cuispiam possessionem, quæ in absentia solo animo retinetur.l.clam possidere.§.qui ad nundinas.ff.de acqui. pos.alius naturaliter possidens, non potest interim præscribere, nec præscriptionem inchoare, nisi transeat tantum temporis, quo uerisimiliter, inducatur obliuio. puta decennium, & sic amittatur ciuilis possessio, quæ animo tenebatur: tunc elapso decennio, per quod uerisimiliter obliuio inducitur, potest inchoari præscriptio per illum, qui est in naturali possessione, non ante. hæc ille ad uerbum.

Hæc quidem opinio profectò, Imperatori.Insti.de usucap.§.& ideo, aperte aduersatur, ubi ait, res immobiles usucapi inter præsentes decennio: & secundum opinionem glos. supradictam, uiginti annis opus esset. magis itaque Imperatori quam glos. & Ias. opinioni credendum est. Nec obstat dum ipsi aiunt, eum, qui tenet bona fide, & titulo fundum alicuius, ciuiliter non possidere eo quòd ille à fundo absens ciuiliter possideat.d.§.qui ad nundinas. nam ex sententia nostra, & absens, & præsens, potest ciuiliter possidere. supra enim apertissimè probatum est, posse duos insolidum ciuiliter possidere. si igitur is, qui fundum à non domino emit, & titulo & bona fide ciuiliter possideat, nihil obest, quin possit præscribere. Insti. de usucap. in prin. decennio igitur inter præsentes, & uiginti inter absentes præscribet is, qui a non domino, rem bona fide emit.

Summarium

1 *Possessio naturalis duplex.*

2 *Sine corporali possessione ciuilis non acquiritur.*
Et qua est ratio.

3 *Instrumenta animata quæ.*

4 *Possessionis naturalis diffinitio. sine qua ciuilis acquiri potest.*

XL. DECLRRATIO, AN possessio ciuilis, sine naturali acquiri possit.

QVærunt præterea scribentes, an ciuilis possessio, sine naturali possit acquiri? In hac quæstione, alij, alia dixerunt, ut in l.clã possidere.§. qui ad nundinas.ff.de acqui pos. Tu uerò omissis il-

1 lorum altercationibus, dicas, † naturalem possessionem, uti genus, in duas diuidi species. Quarum una, est illa rei corporalis apprehensio, corpore, & animo simul, uel fal-

2 tem oculis, & affectu: & sine † huiusmodi naturali, ciuilis possessio minime acquiri potest: & hæc est illa naturalis, de qua loquitur Neratius.l.3.§. Neratius.ff. eo. dum ait, non posse nos acquirere possessionem, supple tu ciuilem, Nisi antecedat naturalis possessio, de quo, ratio hæc reddi potest. nam quemadmodum, non potest quis habere in phantasia speciem, seu similitudinem alicuius rei, ut puta fundi, nisi primò saltem oculis eum apprehendat: ita non potest quis ciuilem possessionem alicuius rei acquirere, priusquam illam ita ut supra diximus apprehendat: quæ apprehensio dici solet, possessio naturalis. quemadmodum enim natura constituit, ut quis etiam absens, possit rem aliquam uidere, per ipsius similitudinẽ a phãtasia perceptã, in eaq; existentem: Ita ciuitas constituit, ut quisque per il-

per illam rei similitudinem, quam sua retinet phantasia, possit rem ipsam etiam absens possidere: quæ possessio dicitur ciuilis, eo quia à ciuitate introducta est. Quicunque igitur, uult alicuius rei ciuilem possessionem acquirere, oportet ut prius ipsius rei possidendæ similitudinem acquirat, siue
3 per se ipsum, siue per † instrumenta animata, ut puta per filium, uel per seruum, uel per procuratorem. hi enim dicuntur animata instrumenta. Aristo. 1. Polit. l. quod meo. §. 1. ff. de acquir. poss. ibi, procurator alienæ possessionis præstat ministerium. alioquin ciuilis possessio sine ea acquiri minime potest: quæ possessio ciuilis, postea quam per filium, uel per seruum, uel per procuratorē, uti per instrumenta, est acquisita, confestim nobis acquiritur. l. 1. § item acquirimus &. §. per procuratorem. ff. de acquir. possess. &. l. placet. ff. de acquir. hæred. Et quem admodum dicimus obligationem commodati uel depositi, seu uerborum non posse a principio contrahi, sine re, uel uerbis. Insti. quib. mod. re con. obliga. & de uerb. obliga. tamen ea obligatio, per filios, uel per seruos nostros, uti per instrumenta, uel re, uel eorum uerbis acquisita, statim sine uerbis, sineque re nobis acquiritur. Instit. per quas perso. nob. obliga. acqui. ita dicendum est de ciuili possessione, quæ licet a principio sine corpore, seu sine oculis, acquiri non possit, tamen corpore, uel oculis animatorū instrumentorum acquisita, potest nobis sine corpore, & oculis nostris acquiri. ualet. n. argumentum a simili.
4 Altera est species † naturalis possessionis, quæ est usus quidam, natura introductus, quo quis utitur re corporea per se, uel per animata instrumenta, quo ad omnes & integros fructus, secundum naturam, ut supra dictum est. Potest profectò sine eiusmodi naturali possessione, ciuilis possessio acquiri potest enim unus esse in fundo, eoq; uti, arando, colendo, fructusq; colligendo, & ita naturaliter possidebit: poterit etiam alter ingredi eundem fundum, ea mente, & cogitatione, ut illum possideat, non tamen eo utetur colendo, & fructus colligendo: quamobrem naturaliter non possidebit, cum naturalis possessio sit usus quidam rei. si igitur ea mente, & cogitatione quis ingreditur fundum, ut possideat, ergo possidebit, sed quonam modo? naturaliter quidem non, cum non utatur re, colendo, colligendoq; fructus, & c. restat igitur, ut ciuiliter possideat. si ciuiliter: sequitur ut sine huiusmodi naturali possessione, ciuilis acquiri possit. Et de hac secunda specie intelligenda est sententia dicentium, ciuilem possessionem absque naturali acquiri posse.

Summarium

1 *Fructus naturales, qui.*
2 *Et qui ciuiles.*
3 *Possessio naturalis est causa acquisitionis fructuum naturalium. Et ciuilis fructuum ciuilium. num. 4.*
5 *L. qui scit. § in aliena ff. de usur. declaratur.*
6 *Fructuum species quot. & nu. 9. 14.*
7 *Planta sunt naturales.*
8 *Fructus naturales industriales qui.*
10 *Fructus mere industriales, qui.*
11 *Possessor bonæ fidei, quos fructus facit suos. & nu. 15.*
12 *Oleum, uinum, lac, & lana an sint fructus naturales uel industriales.*
13 *Et quid de Caseo.*

XLI. DECLARATIO, quæ possessio sit causa acquisitionis fructuum.

SOlet etiam quæri a Doctoribus in d. §. ex contrario, quæ nam possessio sit causa acquisitionis fructuum, ciuilis ne an naturalis? Et ferè omnes aiunt esse ciuilem. Tu uerò, omissis, quæ dicuntur ab alijs, dicito fructuum aliquos esse natura-
1 les, aliquos ciuiles † naturales sunt, quos natura hominum causa, procreauit. natura enim omnes plantas, omnia animalia, omnesque fructus, alia ue, quæ ad uiuendum homini necessaria sunt, produxit. Aristot. 1. Polit. & Genesis c. 1. & 2. omnes igitur fructus, qui ex terra, ac animalibus percipiuntur, naturales meritò appellandi sunt, quorum acquisitio prorsus naturalis dicenda est acquirimus enim ea, quæ à natura ad nostrum usum producta sunt. quod autem huiusmodi acquisitio sit naturalis, claré demonstrat

monstrat Aristo. 1. Polit. ibi si lubet uideto.

2 † Ciuiles autem fructus, sunt, qui non à natura, sed à ciuitate sunt instituti, ut pensiones domorum, uecturæ nauis, iumentorumque: hi. n. fructus non natura, sed iure percipiuntur. l. nauis. ff. de rei uendi. Bar. in. l. ex diuerso. ff. eo. in prin. hæc acquisitio dicitur ciuilis, nó autem naturalis, propterea quod natura ipsa huiusmodi fructus non proueniunt, sed iure, hoc est ciuitatis constitutione. ut. d. l. nauis. Ex his planè colligitur responsio ad quæstionem propositã. quærebatur. n. quæ nam possessio esset causa fructuũ

3 acquisitionis? Dicito, † acquisitionis fructuũ naturalium, principem causam esse naturalem possessionẽ, non autem ciuilem. effectus enim suæ causæ debet esse cõsentaneus, caliditas. n. calidum, frigiditas frigidum generat: nec caliditas frigidi, nec frigiditas calidi, causa esse potest. Eiusdé. n. iuris debet esse causa, cuius est effectus. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. cum igitur, acquisitio fructuũ naturalium, qui, est effectus, proculdubio sit naturalis. 1. Polit. sequitur, ut possessio, quæ est eiusmodi acquisitionis causa, sit etiam naturalis: possessio uerò ciuilis non secus causa acquisitionis naturalium, fructuum, dici potest, quam caliditas frigidi. Stet ergo firma conclusio hæc possessio naturalis, quæ est usu quidam &c. ut supra demonstraui, est princeps causa acquisitionis fructuum naturalium. Hoc ipsum ostendit Imperator. Insti. de rer. diuis. §. si quis a non domino. ibi, naturali ratione, placuit, fructus quos percipit, eius esse, pro cura, & cultura, quod perinde est, ac si diceret, pro naturali possessione, colore enim, & curare fundum, quid aliud est, quam arare, seminare, fructusque colligere: hoc autem, naturaliter est possidere, ut supra sæpius dictum est, & apertè ostendit glos. in. l. 3. C. fin. reg. in uer. finiatur. dum ait, possideo, quia feci seminari, terram araui, & colui. & qui ergo arat, colitque terram, secundum glos. possidet, possidet inquam naturaliter, & sic naturalis possessio, est causa acquisitionis fructum naturalium ex sententia Imperatores in. d. §. si quis a non domino.

4 Causa † uero ciuilium fructuũ, erit utique ciuilis possessio, oportet enim, ut ciuilis effectus, ciuilis sit causa, arg. d. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. pensiones igitur, & uecturæ, & eiusmodi, qui sunt ciuiles fructus, per solam ciuilem possessionem, fortasse acquiri possunt, naturales uerò minime, ut supra patet. Non obstat † tex. 5
in. l. qui scit. §. in alieno. ff. de usur. non enim ibi necessariò probatur, per solam ciuilem, acquiri fructus naturales: sed solum ibi uertebatur controuersia, inter Seium dominum seminis, & Titium emptorem fundi, de fructibus qui orti erant ex frumento Seij, quod Gaius seuerat in fundo, bona fide a Titio empto. Seius enim dicebat, fructus ad se, pertinere iure seminis, propterea quòd, ex eo orti erant, contra, Titius asserabat, esse suos, iure corporis, ex quo percepti erant: Seius quia mouebatur, semen est uti pater, & consequenter uti forma. Aristo. de genera. animalium. terra uerò est uelu ti mater, & per consequens uti materia. at forma, est nobilior materia. Aristo. 1. Phys. & est causa, ut res sit, forma enim est, quæ dat esse rei. l. Iulianus. ff. ad exhiben. habet igitur plus iuris, in re generata, quam ipsa materia. quamobrem præferenda est. Ex aduerso Titius emptor asseuerabat, magis inspiciendum esse, ius corporis, ex quo fructus percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur, adducebat per se. l. partum. C. de rei uend. ubi Imperator ait, partum sequi matris, non patris conditionem. Item citabat. l. idem Pomponius. §. idem scribit. ff. de rei uend. ubi, si æqus tuus, prægnantem fecerit æquam meam, quod natum est, non esse tuum, sed meum, ait Iureconsf. ita in casu proposito, fructus dandi sunt Titio, iure soli, quod est uti mater, non autem Seio iure seminis, quod habetur uti pater. Rationes Titij uisæ sunt urgentiores. quamobrem, Titius bonæ fidei emptor, non facit fructus suos, quod solum ciuiliter possideret, ut aiunt Doc. sed quod bona fide emerat fundum: & ideo quo ad fructus attinet, loco domini habetur. l. bona fide. ff. de acqui. rer. do. Præterea ipse bonæ fidei emptor, non solum ciuiliter, sed etiam naturaliter possidebat: si quidem coluerat fundũ, perceperatque inde fructus, id quod est uerè naturaliter possidere. seuerat tamen, ne decipiare,

piare, frumentum: quamobrem dũ tex. dicit frumentum, intellige, iu frumenũ scilicet Seij, quod Gaius quidam seminauit. non est igitur mirum, si Titius facit fructus suos, tũ iure soli, ex quo percepti sunt, tum etiam iure naturalis possessionis: est enim tanta uis soli, ut si in meo fundo frumentum seueris: segetes & quod ex messibus a me collectum fuit, meum efficitur. dum deinde subdit tex. collectum fuit. non intelligas collectum a Gaio serente, sed a domino fundi, seu a bonæ fidei emptore. is enim, quo ad fructus attinet, loco domini penè est: nam si is, qui bona fide frumentum seuit, colligisset fructus, fecisset eos profectò suos. § si quis. Insti. de. rer. diui. Nec etiã obstat. l. si fur. ff. de usufruc. probat per solam ciuilem possessionem fructus acquiri: nam ibi fructus fiunt proprietarij, ex eo quod est dominus fundi. iure igitur soli, fructus ab alio quam ab usufructuario percepti, fiunt proprietarij: non enim fieri possunt fructuarij, nisi ab eo percipiantur, ut ibi dicitur. & in. §. is uerò. Insti. de rer. diuis. non ergo fiunt fructus proprietarij, iure ciuilis possessionis, sed iure soli, ex quo percipiuntur, ut ait Iureconsl. in. d. §. in alieno. Stet igitur firma conclusio: hæc sola ciuilis possessio, non est causa acquisitionis fructuum naturalium. Naturalis possessio, est princeps causa acquisitionis fructuum naturaliũ. Ciuilis possessio, est præcipua causa acquisitionis fructũ ciuiliũ.

Cùm superius facta sit mentio fructuum,
6 potest hic obiter quæri, † quot species fructuum apud nostros reperiantur? Doctores, & præsertim Bar. in. l. ex diuerso. ff. de rei uend. diuidentes fructus, ut genus aiũt, fructuum alij ciuiles, ut pensiones domorũ, uecturæ nauium, atque iumentorum. Alij naturales: Quod subdiuidẽtes, inquiunt, Naturalium autem, alij industriales, in quibus plurimum hominis industria uersatur, ut segetes, legumina, & similia, alij stant in suo nomine, scilicet naturales, in quibus modica, aut nulla uersatur industria, ut poma & similia, Hæc Bar. Tu uero membra diuisionis Bar. approbato, sed dum quosdã fructus naturales appellauit industriales, ei minime
7 assentias. Et ut bene percipias, scito, † omnes plantas esse naturales habent enim in se principium mouendi, & quiescendi, inestque illis anima uegetatiua, propter quam generantur, nutriuntur, augenturque. Quod autem omnes plantæ sint natura ipsa manifeste probat Aristo. in. 2. Phys. in prin. & de hoc nemo est qui dubitet. Præterea, ea quæ sunt naturalia, eorum etiam partes sunt naturales. exempli causa. homo est corpus naturale: manus, pedes utique eius partes sunt etiam naturales, ut ibidem Aristo. sequitur, itaque cum plantæ sint naturales, ut earum etiam fructus dicantur naturales, cum sint illarum partes. Ex his patet, & plantas, & eius partes, uti fructus, sine dubio esse naturales. naturales autem nullo iure, nulloque facto mutari possunt. ut Insti. in. §. fi. de iur. natur. quonam igitur modo, appellantur industriales? Respondetur, quia in his uersatur hominis industria, & opera, scilicet in serendo. Sed ista non dant formam, nec incrementum segetibus, nec earum fructibus: sed natura ipsa mediante anima uegatiua, ut ex philosophis satis constat, & a forma, res nomen, & speciem accepit. sed natura est forma, non autem industria hominis. merito igitur dicendi sunt naturales, & non industriales. Nec obstat quod hominis opera seminãtur: nam & homo hominis opera seminatur, & tamen hominis corpus, nemo auderet appellare industriale, cũ prorsus sit naturale. non ne, etiam arbores, hominum industria ponuntur, & tamen nemo est, qui eas appellat industriales. quis enim diceret arborem esse industrialem? si arbor non dicitur industrialis, quæ immediate hominum opera plantatur, multo minus illius fructus, dicendi sunt industriales, cum non hominum opera, sed natura ipsa, proueniunt: quæ enim cura, quæ ue hominis industria potest efficere, ut in segetibus, atque in arboribus nascantur fructus? nulla profectò? non sunt igitur dicendi industriales. Sed defendendo Bar. dicas, quemadmodum in homine, potest reperiri duplex forma, una substantialis, quæ dicitur homo, & hæc est ab ipsa natura, alia accidentalis ut est musicus, hæc autem acquiritur ab hominis diligentia, & cura. Additq; etiam homini romen, ut:

men, ut non solum dicatur homo a forma substantiali, sed etiam dicatur homo musi-
8 cus, ab ipsa forma accidentali. Ita † fructus, licet dicantur a natura, naturales: tamen nihil obstat quin etiam a forma accidentali, hoc est ab hominis industria, industriales appellentur. dicanturque naturales industriales, ueluti homo musicus, ut sunt frumenta, legumina, & alia eiusmodi, hæc.n. diligentia, & opera hominis proueniunt, hoc est nascuntur & si non sererentur ab homine, utique non nascerentur. & quemadmodum homo in quo non est forma accidentalis, simpliciter dicitur homo, non autem homo musicus: ita fructus, qui non opera & facto hominis proueniunt, dicentur simpliciter naturales, non autem naturales industriales, ueluti castaneæ, glandes, nuces, auellanæ, & eiusmodi. hæc enim absque diligentia, & opera hominis, natura ipsa nascuntur. Quamobrem ita diuidito,
9 † fructuum alij naturales Alij merè industriales. Alij ciuiles. Naturales, sunt omnes, quæ ex herbis, arboribus, & animalibus nascuntur, ut patet ex supradictis, & a-
10 pertè ostendit Aristo. in. 1. Polit. † Merè industriales dicuntur, qui non sunt natura ipsa, sed opera & hominum industria acquiruntur: ut sunt, numi acquisiti ex mercatura, & ex numularia, & eiusmodi. hi enim per petitiam, & artem, hominisque industriam proueniunt, ut inquit idem Aristo. 1. Polic. numus enim a natura, non est inuentus, ut ibidem. Ciuiles sunt ueluti numi, ex pensionibus, ex uecturis nauis, iumentorumque atque usura acquisiti. hi enim fructus, non natura ipsa, sed iure proueniunt, seu percipiuntur. l. si nauis. ff. de rei. uend. Rursus fructus naturales, ueluti genus subalternum, alij dicuntur mere naturales. Alij naturales industriales, ut ex supradictis patet.
11 Si quæratur; † quos fructus facit suos bonæ fidei possessor? Dicito a bonæ fidei possessore, sine dubio, acquiri, merè industriales, ciuiles, & naturales industriales: mere uerò naturales minime. nam bonæ fidei possessor, pro cura & cultura, facit fructus suos, ut insti. de rer. diuis. §. si quis a non domino. quamobrem eos, qui sine cura, & cultura proueniunt, hoc est nascuntur, non facit suos, cum eius facto, non nascantur. l. fructus. ff. de usur.

12 Quærunt ibidem Doctores, † an oleum, uinum, lac, & lana dicendi sint naturales, an industriales fructus? Scribentes in uarias sententias distrahuntur. Tu uerò collige respõsionẽ ex Aristo. in. 2. Phys. in prin. ibi enim quæritur, an lectica, & uestis sint naturales, an artificiales? Respondet Aristo. lectica, ut est lectica, hoc est, prout nomen, & formam habet ab arte, dicenda est artificialis. at si respicias materiam, unde facta est, ex lignis, quæ sunt naturalia, habent enim in se principium motus, & quietis, lectica illa dici potest naturalis. idem dicendum est, de ueste. nam ut habet formam, & nomen ab artificio, est artificialis: prout autem in ea est materia, ut puta lana, uestis est naturalis. lana enim est naturalis. Ita in quæstione proposita, uinum non fuit inuentum a natura, sed ab hominis industria, fuit enim inuentum a Noe. prout igitur est diuersa species ab uuis fit industria hominis. § cũ ex aliena. Insti. de rer. diuis. dicendumque est fructus industrialis. fit enim diligentia, & opera hominis. arg. l. bonæ fidei. ff. de acquir. rer. domi. sed prout est liquor quidã ex uuis expressus, appellandus est fructus naturalis. ille enim liquor habet in se principium motus & quietis, hoc est alterationis, & corruptionis, nam alteratur, & tandem corrumpitur, ergo naturalis. 2. Phys. idem dicendum est de oleo. oleum itaque & uinum sunt fructus naturales, industriales. Sed quia antequam uini, & olei liquores hominis industria ex uuis, exque oliuis exprimantur, non sunt in actu uinum & oleum, sed in potentia. at cum expressi fuerunt, sunt in actu, & accipiũt nouam speciẽ & consequenter nouam formam. d. §. cum ex aliena. & unum quodque magis appellandum est ex eo, quod est, in actu, quam ex eo quod est in potestate, seu potentia. Aristot. 1. Phys. quamobrem, uinum, & oleum, magis dicendi sunt industriales, cum industria sint actu, hoc est diligentia & opera hominis fiunt talia. & hanc ob causam bonæ fidei possessori, prorsus acquiruntur. d. l. bonæ fidei, & l. fructus. ff. de usu. Quid autem dicendum

dicendum sit de lacte, caseo, lana & ueste, ex supradictis facilè colligi potest: lana tamen magis est similis pomo, quā uino, & oleo. nam pomum licet facto hominis ex arboribus decerpatur, tamen quia ex facto eius, is fructus non nascitur, non dicitur industrialis, nec fit bonæ fidei possessoris, ut.d. l.fructus.ff.de usu. Ita lana, licet facto hominis separetur ab ouibus, non tamen facto eius nascitur. est enim eadem lana, postquam est tonsa, quæ fuerat, & ante, erit igitur fructus merè naturalis. Itidem de lacte dicendum est, licet enim hoc ex animalium uberibus, facto hominis exprimatur, nō tamē ex facto hominis nascitur, nec nouam subit speciem: si quidem in uberibus, & extra ubera, dicitur lac, & est lac. Aristo. 1. Polit. ait, quædam uerò pariunt uiuentia, & habent in se ipsis alimētum, ad natorum educationem, quam naturā lactis dicimus: uinum uerò & oleum in uuis, & oliuis, non est, nec dicitur uinum, nec oleum, sed facto hominis fit noua species, & nouum ac-

13 quirunt nomen. Idem, † & de caseo dicendum est.d.§ cum ex aliena.Insti. de rer.diuis. Non est igitur mirum, si dici debeant naturales industriales, ut supra de alijs demonstratū est. Et licet lana, & lac, facto possessoris, non nascantur, quemadmodū & pomum, differunt tamen à pomo. pomū enim absque possessoris cura nascitur, & solum possessor, ex arbore decerpit. quamobrem non fit bonæ fidei possessoris, cum nec eius facto nascatur, nec aliqua cura possessoris indigeat.d.l.fructus. At lana, & lac, licet facto possessoris non nascantur, tamen non sine eius cura nascuntur, nisi enim possessor bonæfidei, pasceret oues, easque custodiret, ne à lupis offenderentur, utique oues, nec lac, nec lanam producerent. hanc igitur ob curam, bonæfidei possessor facit, & lac, & lanam suam, & hoc est, quod inquit Imperator in.§.si quis à non domino.Insti.de rer. diui. ubi ait, placuit fructus, quos percepit, eius esse, pro cultura. & hoc refertur ad fructus, qui cultura hominum nascuntur, ut frumenta, legumina, & similia, ut dictum est, qui appellantur fructus naturales, industriales. addit Imperator & pro cura & hoc refertur ad fructus, qui non nascuntur hominum cultura, ut est lac, & lana, sed pro cura, quam adhibet, ut dictum est, in omnibus cu stodiendis, facit eos proculdubio suos.

14 † Collige igitur ex supradictis, quatuor esse fructuum species. Ciuiles, ut pensiones domorum, nauium, iumentorumque uecturæ. Naturales tantum, ut poma, lac, & lana. Naturales industriales, ut frumenta, legumina, & eiusmodi, quæ industria hominum nascuntur. Industriales tantum fructus, sunt numi, qui acquiruntur ex merca-

15 tura, & numularia arte. Bonæ † fidei igitur possessor, facit omnes fructus suos, partim pro cura, & partim pro cultura. omnes inquam, hoc est ex omnibus speciebus, non tamen omnia specierum indiuidua, ut puta acquirit ciuiles omnes: item naturales industriales omnes, item solum industriales omnes. merè uerò naturales, non omnes, sed aliquos. siquidem sub hac specie merè naturalium, continentur quidam, qui cura possessoris indigent, ut lac, & lana, & hos facit suos.l.sequitur.§.lana.ff.de usucap. Quidam autem licet ea specie contineantur, nō indigent possessoris cura, ueluti poma, & hos non facit suos.l.fructus.ff. usu. Et hoc modo intelligitur tex.in.l. bonæfidei.ff. de acqui.rer. domi. ubi Paulus ait, bonæfidei emptorem facere fructus suos, non tantum eos, qui diligentia, & opera eius prouenniunt. hoc est nascuntur, idest naturales industriales: & ita ibi Paulus loquitur de una specie. subdit postea, sed etiam omnes. intellige tu, ex omnibus speciebus, & sic etiā acquirit aliquos ex speciei fructuum naturalium tantum, ut est lac, lana: aliquos uerò non, ut poma.d.l.fructus & dicitur in.l. bonæfidei., quia quo ad fructus attinet, loco domini penè est: ostendit igitur, quemadmodum dominus rei, facit fructus omnium specierum suos, imò singulos cuiusque speciei. Ita bonæfidei possessor facit fructus ex omnibus speciebus suos, non tamen singulos cuiusque speciei: non enim facit singulos fructus, qui sub specie merè naturalium continentur. nam poma quæ sine cura sua ueniunt, sua non facit, ut dictum est. Hanc ob causam dicitur in tex. penè. & hoc modo ille tex. concordat, cum.l. fructus. & hoc innuit glos. in uer. penè.

M Multa

Multa alia, & quidem noua, & pulchra fuerunt in hac materia possessionis latissimè dicta, & disputata à doctissimo domino Vaconio præceptore meo, dum eam publicè legeret, quæ ab aliquibus ex condiscipulis fuerunt scripta, quæ habere non potui.

Summarium.

1 *Adulator quis.*
2 *Possessio naturalis est usus fundi.*
3 *Voluntas hominis, quid. & Actus uoluntatis duplex.*
4 *Facere dicimus per instrumenta.*
5 *Ad faciendum requiritur corporis & Animi operatio: secus ad non faciendum, quia solum requiritur Animus.*
6 *Et ita ad possidendum, & non possidendum. Declaratio l. 3. §. in amittenda. & l. quemadmodum. ff. de acq. possessio.*
7 *Possideo per colonum, an possum solo animo meo amittere possessionem.*
8 *An si colonus discedat à fundo animo non recedendi, Dominus amittat naturalem possessionem.*
9 *Possessio naturalis à colono absente retenta, dicitur ciuilis.*
10 *Possessionis tres sunt species.*
11 *Colonus si moriatur an Dominus naturalem amittat.*

XLII. DECLARATIO, l. 3. §. in amittenda, & l. quemadmodum ff. de acqui. possess. quæ uidentur omnino contrariæ.

Interlocutores. Lælius, & Fabius.

Laelius. salue mi Fabi. Fab. o mi Læli & tu salue, quamobrem ita cogitabundus incedis? Læl. nūc mecum animo cogitabam, te ipsum conuenire. Fab. quid est quod me uelis? Læl. ut me à cogitatione, quæ animum meum iam dudum uexat, hodie liberes. Fab. libentissime id agam, si possum. Læl. potes profectò? noui enim naturale tui ingenij acumen, id quod ab alio accipere, aut discere nullo modo possumus, sed Dei donum est. Fab. & quando didicisti adulari? Læl. absit. semper enim uerax esse curaui 1 Adulator enim amicus non est, sed suum quærit commodum, teste Arist. 4. Eth. Fab certè id quod cogitas, debet esse, nodus maximopere implicitus, cum illum tuo per spicaci ingenio, quod bene iamdudum noui, nequeas dissoluere. Læl. nodus ille Gordiacus profectò uidetur, qui in hunc diem à nullo extricari potuit. Fab. erit igitur opus illo Alexandri regis gladio. Læl. spero imo certo scio, illum tuo ingenio posse facilè dissolui. Fab. si ita in me confidis, tentandum est. quæ est igitur ista cogitatio, quæ tantopere te excruciat? Læl. cum primum huic ciuili facultati operam dare cœpi, possim audiui a doctoribus dici, nihil in iure esse contrarium. Fab. & tu non ne ita esse arbitraris? Læl. minime. Fab. quamobrem? Læl. quia nuper inueni duo Iurisconsulti responsa, quæ inter se omnino pugnant. Fab. uidentur fortasse pugnare. Læl. imo aperte alterum alteri aduersatur. Fab. dic ubi sunt. Læl. sub titulo de acqui. possess. & sunt responsa Pauli. Fab. qui fieri potest, ut Paulus ille, uir prudentissimus sibimet aduersaretur: ostende quæso, quonam modo responsa tanti uiri inuicem pugnent? Læl. audi igitur. In. l. possideri. §. in amittenda, ait, possessionem animo solo amitti. & in. l. quemadmodum, ipsemet in hæc uerba ait. quemadmodum nulla possessio, acquiri, nisi animo, & corpore potest: ita nulla amitti, nisi animo, & corpore potest. hæc cum ait Iureconsultus, non ne pugnantia loquitur, maximeque contraria? Fab. uidetur ita loqui. sed quid de hoc sentiunt scribentes? Læl. Varij uarias dant solutiones, sed sunt tales, ut se ipsæ destruant, refellantque: & tandem ferè omnes, solutionem glos. uti minus malum confirmant: minus enim malum, boni locum obtinet. ut ait Aristo. in. 5. Ethic. Fab. & glos. quomodo soluit? Læl. in. d. §. in amittenda. in uerbo, animo solo. in uers. uel dic secundum Ioannē, in hæc uerba ait. si incipias à corpore, utrunque necesse in perdendo: & in hoc casu loquitur. d. l. quemadmodum. & l. ferè. ff. de reg. iur. secus si ab animo incipias. d. §. in amittenda. ubi certè ab animo inceptum est. quod patet, ibi: itaque si in fundo sis. Fab. est ne aliquis, qui hāc glos. solutionem mordeat? Læl. maxime, & inter alios est Iason in. d. §. in amittenda

tenda qui dicit, huiusmodi glos. solutionem, apertè confundi per.d.l.ferè. in æquiparatione ibi facta: nam inquit ipse, in acquirenda possessione, semper, & corpus, & animus requiritur.d.l. quemadmodum in prin. nec distinguitur, a quo incipias: ergo idem dicendum est in amittenda, cuius contrarium dicitur in.d.§. in amittenda. uers. igitur. Pro quo facit illa dictio, ita, posita in.d.l. ferè. quæ similitudinem significat: ostendit enim amissionem possessionis, similem esse acquisitioni, & sic in utraque requiri corpus, & animum. Fab. & ipse Iason quid dicit? Læl. ait ille, difficile esse realem solutionem reperire, & quod semper super huiusmodi contrario dubitauit. Fab. & tu mi Læl. quid ais? Læl. tuam solutionem sollicite expecto. tu enim mi Fabi, pro tua singulari humanitate, eximiaque doctrina contrarias hasce leges enodabis. Fab. morem tibi geram. sed oportet quædam prius præmitti. Læl. fac, ut lubet, & ego attentè audiam.

2 Præmitto igitur † possessionem naturalem, esse usum quẽdam.l.quæstio.ff.de uerb. sig. is enim, qui fundum naturaliter possidet, fundo utitur, ad eum usum, ad quem a natura ordinatus est, ut pote, arando, seminando colligendoue fructus, seu pecudes pascendo, & huiusmodi. qui enim talia facit naturaliter possidet. Læl. & qui fundo insistit, licet hæc non facias, non ne naturaliter possidet? Fab. minime, sed solum insistit. non enim sequitur, es in fundo, ergo possides. quod patet ex responso Pauli in.d.§.in amittenda. nam si in fundo sis, & tamen nolueris eum possidere, statim amittis possessionem, ut ibi patet. è contrario non potes naturaliter fundum possidere, & non esse in fundo. Possidere igitur naturaliter fundum, nil aliud est, quam fundum colere, & de hoc plenè uideas supra in declaratione naturalis possessionis. Læl. noua sunt hæc. Fab. certè. assentiris ne? Læl. perge modo, nolo te interpellere.

3 Fab. Scito etiam † uoluntatem esse dominam, imperatricemque potentiarum animæ, & membrorum corporis, quibus utitur ad agendum uti instrumentis. S.Tho.1.2.ar.6.S.Antonin.de impe. uolun. §.5. Scito præterea, duplicẽ esse uoluntatis actum, elicitum scilicet, & Imperatũ. Læl. qui nam est actus Elicitus? Fab. is est, qui immediate ab ipsa uoluntate procedit: ut pote uelle, nolle, amare, desiderare, & huiusmodi. Læl. & Imperatus? Fab. qui, a uoluntate, alijs potentijs imperatur: ut pote, uolũtas imperat potentiæ uisiuæ, ut uideat: Præterea, imperat potentiæ motiuæ, quæ est affixa neruis, & musculis ut moueat corporis membra: ut puta, pedes ad ambulandum, & manus ad operandum, & nulla potẽtia, quæ aliquo modo rationi obedit, mouetur, aut mouet, sine uoluntatis arbitrio. ita.S. Antonin.de libero arbitrio rit 4 Læl. ex philosophia sumpta hæc sunt? Fab. & ius nostrum, non ne uera est philosophia? l.1.ff.de iusti.& iur. Læl. ita est. prosequere igitur, ut ad rẽ ipsam deueniamus. Fab. adde, quod facere multis modis dicitur. uno modo, artifex, uelut princeps, agens, facit. alio † modo instrumenta faciunt. & ideo lapides, gladij, mansue occidere dicuntur, quia ueluti instrumenta id agunt. Aristo.in.5. Ethic.& ibi.S.Thomas. unde idem.S.Thom.in opusculo de occultis naturæ, ait. sectio præcipuum est opus artificis, secundario est opus ferræ. Læl. in hoc assentior, est ne aliud, quod præmitti oporteat? Fab. est postremò hoc maximè tibi memoria tenendum, duas esse regulas, & quidem ueras. Læl. quæ nam hæ sunt? Fab. prima est hæc, uidelicet † ad faciendum aliquid, ut puta, ad pingendum, & animi & corporis, ueluti animæ instrumenti, operatio necessario requiritur. Secunda est, ad non faciendum, ut puta ad non pingendum, corporis operatio minime requiritur, sed sola animi operatio sufficit. Læl. si non est tibi molestiæ, uelim ut utriusque regulæ exemplum subijcias. Fab. libentissimè id faciam. res enim exemplis clarior fit. ad faciendum, ut puta, ad pingendum, necessario requiritur, actus uoluntatis elicitus. necesse est enim, ut pictor, ad hoc ut pingat, uelit pingere, prius enim pictor saltem secum dicit, uolo pingere: & istud uelle pingere est actus uoluntatis elicitus, ut supra dictum est. Sed hoc non sufficit nam si milles diceres, uolo pingere, utique non pingeretur, nisi actus uoluntatis

imperatus interueniat, hoc eſt, niſi uolun-
tas imperet potentiæ motiuæ, ut moueat
manus ad facienda lineamenta, nec hoc ſa-
tis eſt, niſi potētia motiua, moueat manus,
uti inſtrumentum ad pingendū, & manus,
tanquam aoimæ inſtrumentum operetur. Vi
des ergo quod requiruntur ad faciendum
quatuor: uidelicet, actus uoluntatis elicitus:
actus imperatus: item operatio poteotiæ
motiuæ: item operatio corporis, hoc eſt
manus, quæ eſt animæ inſtrumentum. Lel.
ſatis mihi in hoc iam factum eſt. uelim ſe-
cundæ regulæ exempla ſubiici. Fab. morem
geram. ad non faciendum, hoc eſt ad non
pingendum, neceſſariò requiritur actus uo-
luntatis elicitus, hoc eſt, ut pictor dicat,
nolo pingere: ſed hoc non ſufficit, nam li-
cet dicat, nolo pingere, ſi tamen potentiæ
motiuæ, moueant manus ad pingendum,
certè adhuc pingitur, neceſſe eſt igitur, ut
actus uoluntatis imperatus intercedat hoc
eſt, ut pictoris uoluntas imperet potentiæ
motiuæ, ne amplius moueat manus ad pin-
gendum, id quod ſi fiat, amplius non pingi
tur. Vides ergo, quod ad non pingendum
non requiritur corporis operatio, quæ ne-
ceſſario ad pingēdum requirebatur. Lel.
quorſum hæc? Fab. ex his facilè eas leges,
quas eſſe contrarias arbitraris, concordes
6 eſſe, uel inuitus fateberis. nam † quemad-
modum ad pingendum, & animi, & corpo-
ris operatio neceſſaria eſt: ita ad poſſiden-
dum utraque requiritur. Et quemadmodum
ad non pingendum, corporis operatio non
requiritur: ita ad non poſſidendum nulla
corporis operatione opus eſt, ſed ſola ani-
mi operatio ſufficit. Exempli cauſa. ſi quis
uelit poſſidere, neceſſe eſt, ut ſaltem ſecum
dicat, uolo poſſidere: & hoc ipſum uelle, eſt
actus uoluntatis elicitus. item requiritur
actus imperatus, hoc eſt, ut uoluntas impe-
ret potentiæ motiuæ, ut moueat pedes, ad in
trandum in fundum, & manus ad colendū.
Præterea neceſſe eſt, ut manus uti inſtrumē
tum, operentur, arando ſeminando, fodien-
doue, aliaque faciendo, quæ is, qui natura-
liter poſſidet, facere ſolet. Eſt itaque ad
poſſidendum operatio corporis (ut uides)
per neceſſaria, ſine qua nemo naturaliter
poſſidere poteſt. l. poſſidere in prin. ff. de ac-
qui. poſ. Læl. uera eſſe iſta hæc uidētur: ſed,
ad non poſſidendū, nō ne requiritur etiā cor
poralis operatio? Fab. minimè. ſed ſola ani-
mi affectio, imò ea eſt, hoc eſt, ut is qui poſ
ſidet, ſaltem ſecum dicat, nolo poſſidere: de
inde uoluntas imperat potentiæ motiuæ, ne
moueat manus. quo facto, manus non mouē
non arant, neque ſemināt, neque aliud tale
faciūt, & conſequēter, is qui naturaliter poſ
ſidēbat, amplius non poſſidet: cum poſſeſſio
naturalis, ſit uſus, ut ſupra dictum eſt. Vi-
des itaque, quod ad non poſſidendum, cor-
pus nihil facit; & tamen ad poſſidendum,
neceſſe eſt, ut corpus, hoc eſt, manus, uti
animæ inſtrumentum, aliquid faciat. eſt igi
tur corporis operatio ad poſſidendum ne-
ceſſaria, quemadmodum inſtrumentum ar
tificis in opere faciendo, ſi opus confici de
beat. Ariſto. 1. Polit. Ex ſupradictis clarè
conſtat poſſeſſionem ſolo animo amitti: ac
quiri autem non poſſe ſine corporis opera-
tione. & hoc dicit Paulus in d. §. in amit-
tenda. Læl. cogerer ad hanc tuam ſenten
tiam accedere. ſed. l. quemadmodum, com-
pellit me referre pedem, quia huic tuæ ſen
tentiæ aduerſari penitus uidetur. Paulus
enim ibi in hæc uerba ait, ut colligunt Do
ctores. quemadmodum nulla poſſeſſio ac-
quiri, niſi animo, & corpore poteſt. ita nulla
amitti. niſi animo & corpore poteſt. Fab. mi
Læli, ſi ita Paulus ſcripſiſſet, profecto lex il
la, ſententiæ meæ penitus aduerſaretur:
ſed ſcripſit hoc modo. ita nulla amitti, ni-
ſi in qua utrunque in contrarium actum eſt.
Læl. & ſi uerba non ſunt eadem, ſenſus
tamen idem eſt. Fab. minime. imò illa
uerba demonſtrant nullo modo in amit-
tenda poſſeſſione corpore opus eſſe. Læl.
quid igitur uult ibi Paulus? Fab. quod qui-
bus modis acquirimus, iiſdem in contra-
rium actis amittimus (ut ipſe met ait) in. l. fe
rè. ff. de reg. iur. Læl. & hoc agere in con-
trarium, non fit etiam corpore? Fab. nequa
quam, ſed hoc ipſum in contrarium agi, ſo
lo animo fit. Læl. uelim ut hoc ipſum exem
plo oſtendas. Fab. libentiſſime obſequar.
Modi, qui in acquirenda poſſeſſione, inter-
ueniunt, hoc modo in contrarium agun-
tur, uidelicet, in acquirenda naturali poſſeſ
ſione, uoluntas ait, uolo poſſidere, ē cōtrario
in amit-

in amittenda, ait, nolo possidere. Item in acquirenda, uoluntas imperat potentiæ motiuæ, ut moueat manus ad colendum: è contrario, in amittenda, uoluntas imperat eidem potentiæ, ne moueat manus. Item in acquirenda, potentia motiua mouet manus, uti instrumentum, ad colendum: è contrario in amittenda, potentiæ motiuæ non mouent manus. Item in acquirenda, manus motæ mouent rustica instrumenta ad operandum: è contrario in amittenda, manus non mouent aliqua instrumenta, & per consequens manus nihil operantur. si enim in amittenda corpus operaretur, modi qui in acquirenda interueniunt, in amittẽda in contrarium non agerentur, quod esset contra. d. l. ferè ff. de reg. iur.

Vides mi Læli, quemadmodum omnes modi, qui in acquirenda possessione seruã tur: in amittenda in contrarium aguntur. uides præterea, hoc ipsum agi in contrarium, solo animo sine corporis operatione effici. rectè igitur Paulus ait, possessionem solo animo amitti posse, quamuis solo animo acquiri non possit. Et ex his clarè, ut arbitror constat Paulum in suis responsis, a se ipso minime discrepare. Læl. cogor, & ego iam idem sentire. adeo enim apertè rem in huc diem implicitam extricasti, ut ambiguitati locus non relinquatur. quamobrem tibi gratias ago. Fab. non mihi agendæ gratiæ, sed Deo, a quo lumen intellectus mirificè nobis tribuitur. Læl. quicquid agimus, ad gloriam Dei agatur.

7 Sed dic quæso, si † possideo per colonũ, possum ne solo animo meo amittere possessionem? Fab. minime. Læl. quæ ratio reddi potest, cur non idem sit, & in hoc casu? Fab. si animo, & corporeo meo possideo, si impero potentiæ motiuæ, ne moueat manus, & hæ non moueantur, statim desino naturaliter possidere, & ita solo animo possessionem amitto, ut dictum est: sed si animo meo, & corpore coloni possideo, licet millies dicam, nolo possidere, tamẽ si colonus fundo insistat illumq; colat, non desino possidere. Quemadmodum si pictor, diceret nolo pingere, & tamen eius manus ducant lineas, faciantq; lineamenta, non desinit pingere, cum manus, uti eius instrumentũ adhuc pingant. est igitur opus, ut pictor non solum dicat, nolo pingere, sed etiam manus desinant pingere. Ita, si dominus dicat, nolo possidere, & colonus qui est uti instrumentum animatum (ut inquit Aristot. 1. Polit.) adhuc colat, non amittit possessionem, sed oportet ut colonus desinat colere: id quod solo animo efficitur, ut supra declaratum est. quamobrem cum primum colonus meus dicit, nolo possidere, & deinde non colat, licet fundo insistat amitto naturalem possessionem: ciuilem uerò non, nisi & ego dicam, nolo possidere. tunc enim

8 utramque amitto. Læl. & quid † si colonus meus non deserendæ possessionis causa discesserit, amittam ne naturalem possessionem? Fab. minime, si eò redierit. l. si colonus ff. de acquirend. pos. Læl. ergo possessio naturalis animo coloni absentis retinetur? Fab. certè. nam propter utilitatem receptũ est, ut per colonum retineatur, & continuetur possessio. l. si de eo. §. si fortè. ff. eo. Læl. si possessio naturalis, ut ais, est usus. l. quæstio ff. de uerbo. sign. quomodo potest colonus, eam, re absente, retinere? Fab. uidisti ne unquam mi Lel. uineam tuam? Lel. sæpius. Fab. dic. quæso, nonne etiam nunc clausis oculis eam mente prospicis? Læl. ita est prorsus, sed quo nam modo id fit? Fab potẽtia tua uisiua uidens uineam percipit eius speciem, seu similitudinem, eamque ad sensum communem defert, a quo phantasia illam accipiens retinet, conseruatque, & ita anima etiam clausis oculis uidet uineam immaterialem, hoc est speciem uineæ, perinde ac si oculis eam præsentem uideret. ita dicit S. Thom. in opusc. de potent. ani. Læl. certè ita est, & nunc experior. sed quid tum? Fab. agricola, qui in fundo arat, seu seminat, è fundo discedens, illam arandi, seminandique speciem, seu similitudinẽ in phantasia retinet. eamque è fundo egressus animo contemplans uidet se arantem, seminantemque æquè ac si araret, & seminaret. Læl. ita credo. Fab. eodem modo, colonus speciem, seu similitudinem illius naturalis possessionis, hoc est similitudinem illius usus qui dicitur possessio. d. l. quæstio. e fundo egressus in phantasia retinet, & dũ illam speculatur uidet se naturaliter possidentem

dentem. & hoc modo possessio naturalis in phantasia retinetur, id quod propter utilitatem receptum est.d § si fortè. Læl. si ita est, ergo dominus absens, eadem ratione naturaliter possidebit, quod falsum est. l.peregrè.§.qui ad nundinas.ff.de acqui.possess. Fab. non est ita receptum in domino, sicut in colono. sufficit enim domino, ut directam ciuilem animo retinear. at colonus si è fundo discesserit, directam ciuilē quam non habet retinere non potest, & ideo
9 †propter utilitatem receptum est, ut retinear naturalem.d.§.si fortè, hæc autem naturalis ita animo coloni retenta, est etiam ciuilis, quia a ciuitate inducta est. Læl. si est naturalis, quomodo potest esse ciuilis? Fab. dic.quæso, obligatio naturalis non ne etiam dicitur ciuilis eo quod a iure ciuili comprobata est.§.1.Insti. de oblig. Læl.negari non potest. Fab. omne igitur, quod a iure ciuili comprobatum est, ciuile dici potest.l.ius ciuile.ff.de iusti.& iur. &.d.§.1. nam ius ciuile nil aliud est, quam constitutio ciuilis Societatis. Aristot.3.Polit. & Instit.de iur. na. gent. & ciuil.§. 1. uers. nam quod quisque. sed quod possessio naturalis a colono re absente retineatur, a iure ciuili receptum, comprobatumque est: meritò igitur dicitur ciuilis, non simpliciter, sed ciuilis utilis, eò quod propter utilitatem hoc receptum est.d.§.si fortè.l.si de eo.ff.de acquir. pos. Si igitur possessio naturalis consideretur, prout est usus fundi, seu alterius rei.d.l.quæstio. tunc est mera naturalis. at si consideretur prout a colono, re absente retinetur, tunc dicitur ciuilis utilis: & hæc animo coloni retinetur, sicut directa ciuilis sine dubio animo domini retinetur.d.§. qui ad nundinas. Læl. hæc equidem, nec legi, nec ab alio audiui. Fab. nec ego, sed §.si forte cogit me ita dicere. Læl. ergo
10 sunt † tres species possessionis? Fab. tres profectò. una dicitur directa ciuilis, quæ a domino, re absente, retinetur. Altera, dicitur ciuilis utilis, quæ a colono, re absente, retinetur. Tertia, erit mera naturalis, quæ est rei usus.d.l.quæstio.Læl. hæc ita uera esse uidentur, ut cogar assentiri. Sed
11 quid si † colonus meus moriatur, amitto ne possessionem naturalem? Fab. non statim, sed tunc demum cum ea adipisci neglexeris .d.§.si fortè. Læl. ergo mortuo colono meo, naturalem retineo? Fab. quidni. Læl. glos.in d.§.si fortè. dicunt ciuilē a domino retineri, ipsumq; ciuile amittere si neglexerit, naturalem adipisci. Fab.si glo. considerassent uerba tex. utique hoc non dixissent. Læl. quæ uerba? Fab. illud pronomen, eā est.n.relatiuum substantiæ identitatis, quod refert eandem possessionem, quam colonus uiuens retinebat, eamq; a domino amitti si em adipisci neglexerit, sed fortasse glos.intellexerunt de ciuili utili: quæ, ut dictum est, dicitur etiam naturalis, & hoc modo bene glo.dicerent. Læl.mortuo colono, ubi nam naturalis remanet? Fab.in hæreditate coloni.d.§.si forte in fin. uide eum. Læl. memini me uidere. sed quid est quod Vlpianus ait in.l.1.§. scæuola.ff.si quis in test.lib.ess. iuss. fuer. ait, hæreditatem non habere possessionem: est.n.facti, & animi. at hæreditas animum non habet. Præterea possessio, ut ibi dicitur non est hæreditatis? Fab. uerum est, possessionem illam non esse hæreditatis.d.§.scæuola. uerum est eriā, illam in coloni hæreditate remansisse.d.§.si fortè in fin. aliud est enim rem esse hæreditatis, aliud in hæreditate remanere. Nam res Titio accommodata, non est Titij.l. rei commodatæ.ff. commod. & tamen moriente Titio commodatario, in eius hæreditate sine controuersia remanet.l.non tantum.ff. de pet. hæred. Ita, & possessio naturalis, quæ ciuilis utilis dicitur, mortuo colono, in eius hæreditate remanet.d.§.si mortem. nā quemadmodum per colonum, tanquam per instrumentum animatum retinebatur, ita per coloni hæreditatem retineri potest.hæreditas enim defuncti personam sustinet, seu refert.l.hæreditas.ff.de acqui.rer.domi. Læl. certè, hæc adeò consentanea uero uidentur, ut nihil in animo meo ambiguitatis relinquatur. nolo igitur amplius tibi esse molestiæ. uale mi Fabi. Fab.& tu mi Læli. Vale.

Summarium

1 *Proprietas, unde dicatur.*

Proprium 4. modis capitur.

Pro-

2 Proprietas, quid. Et quo iure inuenta num. 3.
4 Iure naturæ omnia non erant communia.
5 Proprietas, & Dominium non est idem.
6 Dominium dictum à Domino: & dominus a domo.
7 Domus familia constat.
8 Proprietas prius fuit quam dominium.
9 Dominij diffinitio.
10 Dominium naturale poßidendo naturaliter acquirimus.
11 Dominium uti genus, diuiditur in naturale, & ciuile.
12 Dominium naturale, quid sit. Et cur sic appellatur. nu. 13. Et quæ requirat ad eum acquirendum nu. 17.
14 Dominium naturale potest manere sine possessione naturali.
15 Argumentum, a positione consequentis, quando procedat.
16 Dominiũ ciuile sine possessione acquiri potest.
18 Dominium ciuile quando cœpit: & qui illud habent.
19 Dominium acquisitum per usucapionẽ est ciuile.
20 Dominium naturale & ciuile simul potest quis habere.
21 Dominium ciuile per usucapionem Domino tollitur, ei remanente naturali tantum.
22 Dominium aliud directum, aliud obliquum: & quid sint.
23 Dominium cur directum appellatur. Et quando que poßit dici utile. num. 31.
24 Dominium obliquum quo iure cœpit cur ita appelletur: & qui unum habent.
25 Dominium obliquum, etiam utile appellatur. Et cur utile dicatur. nu. 29. uel saltem frequentius nu. 30.
26 Superficies, quid sit. & eius diuisio.
27 Domus proprie non est superficies. licet quandoque ita capiatur.
32 Dominium ciuile, aliud directum, aliud obliquum & quid sint.
33 Legatarius quomodo habet actionem in personam & rem.
34 Proprietas alia directa, alia obli qua.
35 Dominium est incorporale: & quidem, ius.
36 Consilio. ff de cura. furio. declaratur.
37 Proprietas & possessio sunt Incorporales.

XLIII. DECLARATIO, dominij, & proprietatis in. §. nihil commune. l. naturaliter. ff. de acquir. poss.

Interlocutores
Iulius, & Fabius.

IVl. salue mi Fabi. Fab. & tu salue Iuli. mi Iul. opportunè aduenis ut me quadã animi solicitudine liberes. Fab. quid est, quod re sollicitat? Iul. nudius tertius legebam Vlpiani uerba in. §. nihil commune. l. naturaliter. ff. de acq. poss. & profectò satis clara uidebantur: deinde legis interpretes, dicentes illum. §. per difficilem esse: quærebam mecum, quo nam pacto, nec potui id assequi: cuperem ni tibi molestum est, hoc abste scire. Fab. uis ne quod ego, an quod scribentes sentiunt dicam? Iul. quod tu. noui enim ingenium tuum: spero equidem aliquid noui audire. Fab. si tibi iucundum est, aperiam quid de hoc iam diu mente conceperim. Iul. iucundissimum profectò erit. Fab. audi igitur Iul. ecce attentè audio, nec interpellabo. Fab. haud ita uelim: sed si quid dubij dum loquor occurrerit, interrogato. Iul. postquam admones, libenter faciam.

Fab. in. d. §. fit mentio proprietatis, ideo dubitari solet, unde hæc appellatio ducta sit, quidue significet, & quando cœpit, & an sit idem, quod directum dominium. itẽ quamobrem dominium modo directum, & modo utile dicatur, & qua ratione dicatur directum, & qua utile: & an dominium possit sine naturali possessione acquiri, & alia huiusmodi Iul. non ab re igitur. §. ille habetur difficilis: perge modo, & de proprietate prius sermonem habeamus. Fab. A-
1 iunt grammatici † proprietatem dici à proprio. Iul. & proprium unde? Fab. a propè eo, quod res mea propè me est. Iul. Hoc nomen proprium, quot modis capi solet? Fab quatuor. proprium enim dicitur, quod soli alicui specie accidit, sed non omni: ut homini, esse medicum. Item quòd omni, sed non soli: ut homini esse bipedem, sed sunt etiam aues bipedes. Itẽ, quod

quod ſoli,& omni, & aliquando:ut homi-
ni in ſeneƈtute caneſcere. Poſtremò uerè
proprium dicitur,quod ſoli,& omni,& ſem
per accidit, ut hominem eſse riſibilem. ita
aiunt Dialectici in prædic. & Bar.in.l.1.ff.
de adopt. Iul. quorſum hæc? Fab.ut faci-
lè intelligas quid hæc proprietatis appella
tio ſignificet. Iul.quid igitur uerè ſignificat?
Fab rem eſse duntaxat unius. Iul.dic oro.
2 quid eſt † proprietas? Fab. eſt qualitas
quædam, rem duntaxat unius eſse demon
ſtrans. qualitas enim (ut Dialectici aiunt)
eſt,ſecundum quam quales dicimur. Iul.
non capio. Fab. enitar ut capias.dulcedo,
non ne eſt qualitas? Iul. utique. Fab.
albedo non ne eſt itidem? Iul. prorſus.
Fab. quod habet dulcedinem, non ne ex eo
dicitur dulce? & quod albedinem, album?
Iul. negari non poteſt. Fab. age nunc, &
qui habet proprietatem,non ne dicitur pro
prietarius? Iul. certe. Fab. quemadmodũ
igitur dulcedo,atque albedo ſine controuer
ſia eſt qualitas: pari ratione & proprietas.
Iul. ſatis eſt. conuertitur ne huiuſmodi dif
finitio? Fab. ſine dubio. nam omnis qua-
litas rem unius duntaxat eſſe demonſtrans,
uerè eſt proprietas.

Iul. ſatis iam mihi de hoc feciſti. aueo
3 nunc ſcire. † quo iure inuenta fuit proprie-
tas. Fab.eo iure quo res cæperunt eſse ſin
gulorum, ſcilicet iure naturali. §. ſingulo-
rum. Inſtit. de rer. diuiſ. Iul. quid ais mi
4 Fabi.† errant igitur omnes, qui aſsaruntiu
re naturæ omnia fuiſse communia? Fab.
prorſus. nam ab initio homines habitabant
ſparſim, ut in.1.Polit.domus autem erant
antra,& iuguria. unde Ouidius.

Domus antra fuerunt:

Et dēſi frutices,& uinctæ,cortice uirgæ.

Et Vitru.lib.2.c.1.refert priſcos illos, &
in ſiluis & ſpeluncis & nemoribus habitaſ-
ſe,ciboque agreſti uixiſse. & unaquæq; do
mus habebat res proprias, ruſticamque ſu-
pellectilem. alij præterea oues,alij alias pe
cudes habebant. alij agriculturam exerce-
bant. & quiſq; è terra, ſiue ex animalibus,
proprios capiebat fructus, & conſequenter
quiſque ſuorum fructuum habebat proprie
tatem. credis hoc. Iul. cogor credere,ſed
confirmato (ſi placet) ratione, uel aucto-
ritate. Fab. & ratione,& autoritate firma
bo.nõ ne mi Iuli,Deus in principio creauit
oues,boues,& capras,aliaque animalia. Ge
ne. 1. Iul. non dubium eſt. Fab. non
ne etiam Deus dixit, dominamini uniuer-
ſis animantibus, quæ mouentur ſuper ter-
ram. Geneſ. 1. Iul. certè. Fabi. quis
igitur paſcebat oues, quis capras. quis bo-
ues? abſurdum eſt enim ſi illas uti commu
nes incuſtoditas fuiſse dicas. in eo enim,
quod multorum eſt, minima adhibetur di-
ligentia 2. Polit.multoque abſurdius,ſi alio
paſcente, aliam ex illis fructum accepiſse
confirmes. Iul. non ita fuiſse arbitror,
ſed alius fortaſse capiebat ſibi oues,alius ca
pras, alius uerò boues, illiſque utebatur.
natura enim hominum cauſa omnia anima
lia creauit. 1.Polit. Fab.rectè ſentis. qui
igitur capiebat oues, quæ nullius ante fue-
rant,ſine dubio iure naturali faciebat ſuas.
itidem qui boues: quique alia animalia.
omnia enim eo iure occupata capiētium fie
bant,& conſequenter illorum habebat pro
prietatem. diſtin.1. ius naturale.l.1.ff. de
acqui. poſſeſſ. Præterea, quis neget filios
Adam res habuiſſe proprias. Abel enim
erat ouium paſtor, & conſequenter habe-
bat oues. Caym uerò erat agricola,& con
ſequenter boues, & frumenta habebat. hic
de fructibus terræ Deo munera obtulit: at
ille de primogenitis gregis ſui. Geneſ.1.no
tato, illa uerba gregis ſui. illud enim pro-
nomen ſui demonſtrat gregem fuiſse pro-
prium Abel.§. ſic itaque diſcretis. Inſti. de
actio Et ex his ſatis conſtat olim iure natu
ræ, res aliquas fuiſse proprias. Iul. ita ſa
nè. Fab. fatere igitur ingenue etiam eo
iure proprietas cæpiſse. Iul.cogor fateri,
uel inuitus. Fab. ſponte fatearis uelim.
Audi igitur, iure naturali ſine dubio erat,
& rei depoſitæ, commodatæque, reſtitu-
tio.d.diſtinct.1.c.ius naturale, & perconſe-
quens res non omnes erant communes. ſi
enim fuiſsent communes,non fuiſsent uti-
que reſtituendæ: erant igitur eo iure pro-
priæ res deponentis, commodantiſque, &
conſequenter erant proprietates. Iul. iã
ſponte quidem id ita eſse fateor, ſed dicas
obſecro, erant ne eo iure ſoli ſeu terræ pro
prietates? Fab. minime. terra enim erat
commu-

communis. unde illud.

Nec signate quidem, aut partiri limite campum.

Fas erat.

Iul. quonam igitur modo utebantur terra? Fab. unusquisque lo. um capiebat, quem uel pecoribus suis, uel agriculturæ aptum, idoneumque existimabat: ibique tuguria, caulasque ponebat: mox uel ibi frumenta, aliaue serebat, uel suas pecudes pascebat. & tam diu locus ille erat suus, dum ibi moraretur. si uerò postea collecto frumento, sublatoque tugurio, discessisset, locus ille in pristinam causam redibat, perindeque communis fiebat, ac si nunquam fuisset occupatus: id quod hodiæ in littore maris accidit. l. quod in littore. ff. de acqui. rer. domi. Iul. quanto tempore ita uixerunt? Fab. usque ad tempus Phalec. in diebus enim illius, diuisa fuit terra, ut refert August. lib. 16. cap. 3. & c. 10. de ciuit. Dei. Iul. quis fuit iste Phalec? Fab. filius Heber, à quo Hebræi appellati sunt. hic autem Heber fuit abnepos Sem, primi Noe filij. Iul. quot filios habuit Noe? Fab. tres mares, Sem, Cham, Iaphet: ex quibus. 72. gentes, totidemque linguæ per terras disseminari cæperunt. Iul. dic quæso, non ne sunt in toto orbe, plures qu:m. 72. linguæ? Fab. non principes. sed in una quaque plures aliquo modo differentes fortasse reperiuntur. hæc in August. de ciuit. Dei. c. 6. uidere potes. Iul. uideor mihi hæc alias legisse. Fab. profectò hæc alias dicta fuere. Iul. & quomodo reperiam? Fab. index demonstrabit. Iul. iam de proprietate satis mihi fecisti, nunc aueo abs te audire,
5 † utrum proprietas, & directum dominium sit idem. Fab. minimè. dominium enim longè à proprietate distat. Iul. potest ne hoc aliqua ratione ostendi? Fab. facilè: sed ut intelligas, sciri prius oportet, † unde sit dictũ
6 dominium: quod a domino, ut aiunt, dictum est. Iul. & dominus unde? Fab. a domo, ut grammatici tradunt. Iul. quamobrem a domo? Fab. quoniam primus dominus, & per consequens primum dominium in domo cæpit. prima enim societas in mundo fuit maris, & fœminæ, generationis causa Secunda, domini & serui natura. Iul. serui natura? Fab. natura inquam. nam ille qui poterat mente prospicere, consultare, & sibi suisque quod bonum esset, prouidere, natura imperabat, atque dominabatur: qui uerò, mente prospicere, prouidereque non poterat, corpore tamen robusto imperata ab alio strenuè exequi uolebat, is natura, parebatq;. seruiebatq; Iul. perge, quid iũ? Fab. erat præterea tertia societas, quæ dicebatur domus. Iul. domus, non ne sunt paries solum, ac tectum? Fab. non proprie. quod. n. ex his constat, ædes dicuntur. l. eum qui ædes. ff. de usu
7 cap. domus† autem constat ex uiro, & fœmina, ex domino, & seruo, & consequenter ex filio, ac patre. Iul. ergo si non erat ibi seruus, non erat domus? Fab. non ita erat. nam si cui deerat seruus, bos, seu asinus pro seruo habebatur. Iul. quis huiusmodi domum gubernabat? Fab. senior. omnis enim domus a seniore regebatur. uide hæc in. 1. Polit. qui igitur tali domui præerat, in eaque imperium habebat dominus à domo dicebatur, & a domino dominiũ deductum fuit hinc etiam descendit uerbũ dominor, quod sonat idem, quod imperium gerò, ut grammatici asserunt. Iul. quorsum hæc? Fab. adhuc non conuincis? ut ostendam aliud esse proprietatem, aliud dominium. Iul. hoc ipsum expecto, ostende, si uis. Fab. morem geram. audi. Prius necesse est, ut aliqua res è communi, mea solius efficiatur, id quod multis modis fit. Insti. de rer. diuis. §. singulorum, & si mea solius efficitur, mea propria est. proprium enim uerè sic dicitur, quod uni soli, & semper contigit, ut supra dixi. facta itaque re mea propria, oritur mihi eiusdem rei proprietas, quæ eam rem esse meã solius significat. hoc facto, rem naturaliter possidere, mox illam regere, gubernare, in eaque imperium gerere, hoc est illi dominari, & per consequens in ea dominium ha
8 bere, incipiebam. † & sic prior itaque fuit proprietas, quam dominium. hoc apertè colliges in. l. fœminæ in fi. C. de secun. nup. ibi enim mater duos habens filios, uni mortuo successit, dum alter uiuit, mater potestatem duntaxat possidendi, atque fruendi habet, altero deinde mortuo, ea quæ mater percepit, pleno ut ibi dicitur, proprietatis iure obtinet. hæc uerba, hucusque, ostendunt matrem habere proprietatem. Subdit deinde

N Impera-

Imperator in hæc uerba, atque in his nanciscendi dominij liberam habet facultatem. notato, mi Iulij, illa uerba nanciscendi dominij: quia ostendunt, matrem acquisita iam proprietate, non dum habere dominium, sed solum nanciscendi, hoc est acquirendi dominij facultatem habere. non dum igitur acquisiuerat dominium, & tamen habebat proprietatem. prius est igitur proprietas, quam dominium. Iul. Noua sunt hæc, & maximopere delectant. scribentes enim directum dominium, & proprietatem idem esse aiunt? Fab. fatere iam, aliam rem esse proprietatem, aliam dominium: nam si idem essent, cur diuerso nomine appellarentur? arg. l. si idem. C. de codicil. demonstrat hoc tex. in l. proprietatis. C. de proba. ibi, enim Imp. ait, proprietatis dominium, aliud est ergo proprietas, aliud dominium. Iul. sunt fortasse synonyma, ueluti gladius, & ensis? Fab. minimè. nam quemadmodum ensis, & gladius, rem eandem significant: ita si proprietas, & directum dominium essent synonyma, eandem rem significarent, id quod nequaquam est, sunt enim diuersæ diffinitiones, & ideo diuersa significant. Proprietas enim, ut dixi, est qualitas quædam rem duntaxat unius esse demonstrans. Dominium† uerò est libera facultas faciendi, alienandi, disponendiue uti quis uoluerit de re sua iure permittente. Hæc diffinitio, & ciuile, & naturale dominium complectitur. Iul. unde hanc dominij diffinitione elicis? Fab. ex d. l. fœminæ in fi. & ex l. in re mandata. C. mand.

9

Iul. assentio iam, sed scire uelim, quomodo † naturale nanciscimur dominium? Fab. apprehendendo rem, arando, seminando, ponendo arbores, aliaque agendo, ut proprietario placuerit. Iul. ista hæc facere, est naturaliter possidere? Fab. rectè sentis, sed ita naturaliter possidendo, naturale nanciscemur dominium. tale enim dominium à naturali possessione cæpit. l. 1. in prin. ff. de acqui. pos. Habes itaque mi Iuli ex d. l. fœminæ in fi. aliud esse proprietatem aliud uerò directum dominiū: & prius quidem proprietatem, quam dominium nobis acquiri, dominiū inquam naturale. Iul. dic quæso mi. Fab. illa uerba. uidelicet pleno proprietatis iure, in d. l. fœminæ. quid sibi uolunt? Fab. ostendunt duplicem esse proprietatem, plenam. s. & nudam. Iul. quamobrem dicitur nuda? Fab. quia est sine ueste. Iul. quæ nam est proprietas uestis. Fab. est illa soli superficies, quæ ueluti uestis, proprietatem ita calefacit, ut cōcipiat, pariatq; fructuum utilitatem. Propriætas igitur hac ueste, quasi spoliata, remanet nuda, & frigida, nihil profecto utilitatis producens. Iul. dic obsecro a quo nam, ipsa propriætas spoliatur? Fab. ab emphyteoticario, superficiario, & similibus. Iul. quare proprietas dicitur plena? Fab. quia est integra, cui illa uestis minimè de est. nam superficie quasi uestita, calefactiue suas producit utilitates. Iul. si tibi cordi est, collige summatim ista hæc, ut facilius memoria teneam. Fab. geram tibi morem. Si rem non prius ab alio occupatum ex communibus apprehendam, mea sine dubio propria efficitur. d. l. 1. ff. de acqui. possess. in de protinus mihi proprietas oritur, si deinde rem illam naturaliter possideo, tenendo, colendo, utendoue ex tali naturali possessione mihi naturale acquiritur dominium, eo quod illi rei, ita possidendo prorsus dominor, & consequenter habeo dominium. hoc confirmat Paul. in d. l. 1. inquiens, dominium rerum ex naturali possessione cæpisse. qui igitur rem propriam tenet, eaque utitur, rei ipsius proprietatem, possessionem, dominiumque habet. Aliud tamen est proprietas, aliud possessio, aliudue dominium: quemadmodum, si quis malum aureum teneret, simul odorem, saporem, coloremque teneret, & tamen alia res est odor, alia sapor, alia color. Iul. si bene capio ex sententia tua, dominium sine naturali possessione acquiri non potest. Fab. non est hæc mea, sed pauli sententia. Iul. Huic sententiæ scribentes, & etiam leges aduersari uidentur. Fab. quid scribentes sentiant, non est mihi curæ. sed quæ leges huic sententiæ obsunt? Iul. l. à Titio, ff. de fur. l. fin. C. de sacr. sanc. eccle. nam in l. à Titio. Martianus scribit. rei legatæ dominium mortuo testatore, seu adita hæreditate, recta uia ab eo, qui legauit in eum, cui legata est transire: & sic sine apprehen-

prehensione, & consequenter sine naturali possessione, & in.l. fin. dicitur. dominium rei uenditæ, reiue donatæ sine naturali possessione ecclesiæ acquiri. Fab. nequaquam mi Iulij, aduersantur.dicas quæso, si unus diceret hominem esse animal rationale, alter uerò æquum esse animal irrationale, pugnarent ne? Iul. minime. nam homo & equus, diuersæ sunt species. Fab. ita a pari.d.l.rt.& l.a Titio, nequaquam pugnant. enim.i. de una dominij specie. uerò a Titio. de altera loquitur. Iul. ergo † dominium est uni
11 genus? Fab. sine dubio & diuiditur in duas formas, seu species, in dominium inquam
12 naturale, & ciuile. Iul. quod est † naturale dominium? Fab. quod natura introductum est.natura enim aliquis est dominus, aliquis uerò seruus, ut in.1.§. Politic.& supra dixi. sed multo clarius demonstrabitur. Præterea, creatis illis primis hominibus. Deus dixit, crescite & multiplicamini, & subijcite terram, & dominamini piscibus maris, uolatilibus cæli, uniuersisque animantibus quæ mouentur super terram. Genes.1.si igitur illi primi habitatores mundi, qui iure naturali uiuebant. c.iur natura e. distin.1. eiusmodi rebus dominabantur: ergo iure naturali erat dominium. a coniugatis enim rectè ducitur argumentum: ut ait Cicero in Top. Iul. quonam modo dominabantur terræ? Fab.arando, seminando, fructusque colligendo. Iul. & piscibus, & uolatilibus? Fab.capiendo utendoque. Iul. & alijs animantibus quomodo? Fab. utendo illis, bobus scilicet, bubalisque ad arandum, colendumue agros: æquis uerò asinis & mulis ad æqui andum, oneraque uehenda. Iul. quid ais mi Fabi, nonne hæc facere est naturaliter possidere, ut alibi dixisti? Fab. ita est. sed ordo talis erat. homines prius hæc ex cómuni apprehendebant.d.l.1.ff. de acqui.pos ses. in princ. &.l.1. in fi. de acqui.rer. dom. ff. apprehensisque uarijs utebantur modis & ita naturaliter possidebant: atque ijs, natura ipsa, ita possidendo dominabantur, & per consequens, dominium ex ea naturali possessionis nascebatur. Iul. si ita est, nemo potest naturale dominium acquirere, nisi prius aliquo saltem momento, naturaliter possederit? Fab. nemo prorsus: quoniam ad producendum aliquem effectum, necesse est, ut prius præcedat causa efficiens. Causa autem efficiens est duplex, principalis scilicet, & instrumentalis. exempli causa. homo generat hominem, atque sol, & semen. Homo, & sol, sunt causæ effectrices principales: semen uerò instrumentalis. non potest igitur generari, produciue homo, nisi eius modi causæ præcesserint, ut colligitur ex 2. Phys. Ita in proposito, homo, & possessio naturalis, sunt causæ effectrices dominij. sed homo est princeps, possessio uerò est instrumentalis causa. id quod expresse tenet glos. in. l.per procuratorem.C. de acqui. possess. ubi ait, instrumentum facit domum, & faber, instrumentum pro homine, faber autem pro possessione accipitur ibi a glos. Qui igitur uult naturale dominium acquirere, oportet, uel per se ipsum, uel per animata instrumenta, rem apprehendat: eaque naturaliter utatur, hoc est naturaliter possideat, & ita mediante hac possessione, quasi causa effectrice instrumétali, naturale acquiritur dominium. Iul. quæ sunt animata instrumenta? Fab. serui, filij, procuratoresque, ut colligitur in.1. Polit. de quibus supra in materia possessionis plenè uidere licet.
13 Iul. † quare hoc dominium appellatur naturale? Fab. scito mi Iuli. omne id appellari naturale, quod est secundum naturam: omnis igitur operatio secundum naturam, dicitur naturalis, ut ignem ferri sursum, lapidem deorsum, ut legitur.2. Phys. sed dominari piscibus maris, uolatilibus cæli, cæterisque animantibus: item, dominari terræ, fructibusque terræ, est operatio quædam sec ndum naturam. natura enim hæc omnia hominum causa produxit, Gen.1. & Polit.1. & Cicero de natura deorum ait, omnia aliorum causa generata sunt, ut fruges, atque fructus, quos terra gignit hominum, & animaliú causa, animátes heminú, ut equus, uehédi causa, arandi bos, uenandi custodiendique canes. Si igitur ita dominari, est necessario etiam dominium, quod inde nascitur, est naturale. causa enim producit effectum sibi similem.l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. Philosophi aiunt. Iul.
14 & illud † naturale dominium potest ne

manere absque naturali possessione? Fab. certè. nam possessio naturalis est uti causa efficiens instrumentalis, ut dictum est: dominium uerò ut effectus. & remota eiusmodi causa, effectus per se remanet. nam licet pictura sine pictore, & penicillo, uti causa effectricè fieri non possit, tamen postquam est facta, mortuo pictore, remotoque penicillo, ipsa remanet. hinc fit ut amissa naturali possessione, ut in.l. peregrè.§.qui ad nundinas ff.de acqui.possess. ei qui naturale habet dominium, in rem actio competat.l. in rem ff.de rei uend. Iul. dixisti paulo ante, dominium naturale sine naturali possessione non posse, etiam hodie acquiri? Fab. ita est. Iul. ergo naturalis possessio, est uti antecedens, dominium uerò, uti consequens, ut dicit Bar. Fab. quid tum? Iul. si ita est (ut aiunt) sequitur, ut posito naturali dominio, ponatur possessio: quoniam ad positionem consequentis, sequitur positio antecedentis. allegat ad hoc Bar.l. illud.ff. de acqui. hæred.l.ad rem mobilem.ff. de procu. Fab. animaduerte mi Iuli, quoniam naturalis possessio est uti causa effectrix, dominium uerò naturale, est eius effectus, ut supra dictum est largè: tamen hæc antecedens, illud
15 consequens appellari potest. Et ideo † distinguendum est, hoc modo. quando consequens est actu, idest habet suum esse, & sine antecedente operari potest, tunc ad positionem consequentis, uti effectus, non sequitur positio antecedentis, uti causæ: uerbi gratia, ad positionem uituli iam actu existentis, non sequitur necessario positio uaccæ: quia extincta uacca, uitulus & existere, & operari potest. Eodem modo naturale dominium actu existens, amissa naturali possessione, operari potest: operatur enim, in rem actionem.l.in rem. ff.de rei uend. ergo ad positionem dominij naturalis, non sequitur positio naturalis possessionis, sed quando consequēs etiam actu existens, operari non potest, sine antecedente, tunc posito consequenti, ponitur antecedens, ad hoc uidelicet, ut consequens operari ualeat. Exempli causa, ad secandum, artifex est uti antecedens, serra autem uti consequens: & ideo posita serra, ad hoc ut operetur, ponitur necessariò artifex. Iul. quorsum hæc? Fab. ut intelligas leges allegatas a Bar. non in.d.l. ad rem mobilem. quidam mandauit Titio, ut rem mobilem uendicaret. tale mandatum est actu & per se stare potest, quemadmodū & serra, non tamen tale mandatum potest operari, nisi prius ad rē illam exhibendam agatur. is igitur, qui uoluit, ut Titius ad rem mobilem ageret, censetur mandasse, ut ad rem eandem exhibendam prius agatur. Item.in.d.l. illud. finge te hæredem testamento institutum ab eo, cuius legitima hæreditas, ad te pertinebat, uolebas legitimam ad te pertinere, sciens testamento tibi relictam, id facere non poteras, nisi repudiata prius testamentaria. nam si adires legitimam, aditio profectò esset actu, nihil tamen operaretur.l. quamdiu potest.ff.de acqui.hæred. ad hoc igitur. ut operetur, necessariò uideris ante repudiare testamentariam. & hoc modo procedunt leges illæ Sed in dominio non est ita. nam postquā naturale dominium actu existit, potest operari, & producere in rem actionem, licet extincta sit possessio, & ideo non sequitur, posito naturali dominio actu, ponitur possessio. Iul. ita, ut ais, esse arbitror. non ab re igitur Bar. dicit tale argumentum procedere in actu acquisitionis, non in actu retentionis.

Fab. assentiris, Bar. in hoc? Iul. certè, in contrariū ostendas. Fab. audi, si dominiū est in actu acquisitionis, ut ait Bar. sine dubio nondū est: quia, quod acquiritur, uel fit, nōdum est. S.Tho. in opuscu.de princip. natu. si nondū est, poni non potest. ergo non rectè dicitur ad positionē dominij in actu acquisitionis &c. Iul. quo igitur modo est dicendū? Fab rectius diceretur, ad positionē acquisitionis dominij naturalis, quod est causatū seu effectus, ponitur possessio naturalis. uti eius causa effectrix. Iul. quare dixisti do-
16 minij naturalis? Fab. ad differētiā ciuilis dominij, quod sine possessione acquiri potest. d.l.a Titio.ff.de fur.d.l.si.C.de sac.sanc.eccle.&.l.cum hæredes.ff.de acqui. possess. in prin. & supra dictum. est.

Iul. si ut ais, possessio naturalis est uti causa effectrix, & naturale dominium est eius effectus, sequitur, ut ubicunque est naturalis possessio, ibi sit dominiū. nam quando causa effectrix operatur, semper facit effectum: si enim

enim ædificator ædificat facit ædes. si pictor pingit, facit picturam. eodem modo, si quis possideret naturaliter, deberet esse dominus, idquod non semper est. nam interdum quis est possessor, dominus uerò minime. l. 1. §. huius autem interdicti. ff. uti possi. Fab. acutè quidem obiicis. sed ut intelligas, scito duplicem esse effectricē causam. principem scilicet, & instrumentalem, ut colligitur ex 2. Phys. & 6. Ethic. instrumentum enim facit domum, & faber, ut dicit glos. in l. per procuratorem. C. de acquir. poss. in uer. placuit. sed artifex interdum duobus eget instrumentis, ut opus perficiat. Exempli causa, pictor eget penicillo, & colore, quæ sunt instrumenta; & tabula, in qua pingat. si pictor, acceptum penicillum sine colore, per tabulam ducat, non faciet picturā.
17 Eodem modo † ad acquirendum dominiū, requiritur possessor, ut princeps causa. item possessio, uti instrumentalis. requiritur præterea proprietas, quæ est instrumentum ad dominium, ut color ad picturam: quando igitur quis habet proprietatem; & possessionem, uti instrumenta, sine dubio acquirit dominium. d. l. 1. ff. de acquir. possess. quando uerò deest unum instrumentum, hoc est proprietas, puta si possideat fundum alienum, non acquiritur dominium, licet adsit alterū instrumentum; hoc est possessio. quemadmodum si pictori deest unum instrumentū, hoc est color, non fit pictura. & ita intelligitur. d. l. 1. §. huius autem. de interdic.

Iul. uidetur hæc ueritati consentanea. negari non potest, quin mirificè exempla moueant. iam satis mihi persuasum est, huiusmodi naturale dominium reperiri, cupio ostendi mihi, esse etiam ciuile. Fab. facilè quidem id fiet, si prius unum mihi concesseris. s. dominium naturale esse speciem quādam. Iul. non habeo pro comperto. Fab. faciam ut ratione coactus id concedas. Iul. age expecto, quonam modo id facies. Fab. dic quæso, dominium naturale reperitur ne? Iul. negare iam non possum. Fab. si reperitur, aut est indiuiduum, aut species, aut genus. aliud enim esse nequit. Iul. quid si dicam esse indiuiduum? Fab. necesse erit ut alicuius speciei sit indiuiduum. quæ igitur erit species? Iul. dominium fortasse. Fab. si dominium est species, alicuius generis species est: ubi igitur erit genus? Iul. cogor uel inuitus fateri, dominium naturale esse speciem. Fab. bene quidem. erit igitur dominium, uti genus. Iul. recipiatur hoc. sed quid tum? Fab. si dominium est uti genus, necessario, ut dialectici uolunt, diuiditur in duas species. una est (quod & tu concedis) dominium naturale. naturale enim, & ciuile, uti specificæ differentiæ adiunctæ dominio, uti generi, constituunt species. Sunt igitur hæ appellationes, naturale scilicet, & ciuile specificæ differentiæ, quæ sine controuersia diuersas constituūt species, ut Dialectici uolunt. quamobrem si hanc differentiam naturale, adiungas dominio, uti generi, fit una species, quæ dominium naturale appellatur. Rursus, si hanc differentiam ciuile, eidem dominio iunges, efficitur altera species, & quæ dominium ciuile uocatur. sunt itaque duæ dominij species, naturalis scilicet, & ciuilis. Iul. iam assentior.
18 sed ipsum † dominium ciuile quando cœpit? Fab. quando ius ciuile. Iul. & ius ciuile quando? Fab. quando ciuitates esse cœperunt. d. §. singulorum. Inst. de rer. diuis. Iul. qui sunt, qui solum huiusmodi ciuile dominium habent. Fab. emphyteota, feudatarius superficiarius, & similes. hi enim iure naturæ, seu gentium erant incogniti. iure quidē ciuili esse cœperunt. l. ex hoc iure in fin. ff. de iusti. & iur. §. adeò. Insti. de loca. & conduc. ius igitur ciuile, ueluti effectrix causa, ciuile dominium producit, non autem naturale: quemadmodum homo hominem generat, non autem asinum. effectum enim suæ causæ similem esse oportet. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. & Philo. ita asserunt.

Iul. quia hic facta est mentio iuris ciuilis, uelim nunc a te scire, quid est ius ciuile. hoc enim iam diu scire desideraui. Fab. sæpius de hoc iam diximus. Iul. aueo nunc abs te audire. Fab. ius ciuile est ordinatio ciuilis societatis. ita ad uerbum Aristo. 1. Polit. Iul. ergo quod sibi quæquē ciuitas ordinat, est ius? Fab. certè, si incorporeum, & uniuersale est, quod sibi ordinat. §. ius autem. Insti. de iur. nat. gent. & ciuil. Iul. unde ius istud dicitur ciuile? Fab. a ciuitate, ueluti à causa efficiēti. Iul. ipsum ius ciuile in quo

differt

differt à naturali? Fab. in multis profectò. differt enim origine. naturale enim dominium natura inuentum est antequam esset ciuile. 1. Polit. & Genesi. 1. &.d.§.singulorum. item dominium naturale, sine rei apprehensione, naturalique possessione, etiã hodie acquiri non potest.d.l.1.ff.de acquir. possess. & supra ostendi. at dominium ciuile, absque apprehensione, & naturali possessione acquiri certè potest.d.l. a Titio.ff. de fur. &.d.l.fin.C.de sacrosanct. eccles. & l.cum hæredes in princ.ff.de acqui. pos.ubi etiam sine possessione acquiritur dominiũ, quod ego ciuile appello. nulla igitur inter dictas leges discrepantia intercedit.

Iul. sed scire abs te obiter uelim. utrum
19 † dominium, quod per usucapionem acquiritur sit naturale, an ciuile. Fab. & ego a te scire uelim. utrum usucapio sit ordinatio ciuilis, an naturalis? Iul. ciuilis, sine dubio. ut Insti.de usucap. in princ. Fab.& usucapio nonne est causa dominij? Iul. negari non potest.l.3.ff.de usucap. Fab. causa nonne parit effectum sibi similem, ut aiunt Philos. &.d.l.manumissiones.ff. de iusti. & iur. Iul. non capio. Fab. frigidum, & calidum, frigiditatis, caliditatisq; causa sunt: & quia omne agens, agit sibi simile: ideo frigidum, frigiditatem, non autem caliditatem, è contrario calidum, caliditatem, & non frigiditatem producit. Iul. ita est, quid tum? Fab. dominium, quod per usucapionem est acquisitum, non ne est usucapionis effectus? Iul. si, ut ais, usucapio est causa, dominium per eam productum, necessariò est effectus. Fab. erit igitur similis usucapioni. Iul. fateor, sed in quo? Fab. in eo, quòd quemadmodum usucapio est ciuilis, ut Insti. de usucap. in princ. ita consequenter dominium illud, quod est eius effectus, necessariò est ciuile. alioquin effectus suæ causæ similis non esset, & perinde haberetur, ac si frigidum caliditatem produceret.

20 Iul. cedo iam sed † potest ne quis, & naturale, & ciuile dominium simul habere? Fab. sine dubio. quemadmodum enim quis & naturalem, & ciuilem possessionem simul habere potest.l.possideri. §.saltus hybernos.ff.de acquir. poss. ita, potest quis, & naturale, & ciuile dominium simul habere. Exempli causa, si quis rem a nemine prius occupatam apprehendebat, uel aliquo contractu iuregentium sibi traditam accipiebat, eamq; mox naturaliter possidebat, hic sine dubio dominus efficiebatur: ex naturali enim possessione dominium nanciscebatur.d.l.1.ff de acquir. pos. quod quidẽ dominium, ciuile esse minime poterat, quia nondum erat ius ciuile. d.§.singulorum.ergo, necessario erat naturale. Superuenit deinde ius ciuile, & huiusmodi dominium cõprobauit, ac ita comprobatum, & naturale, & ciuile dicebatur: sicuti factum fuit in iurisgentium obligationibus, quæ iure ciuili comprobatæ, etiam ciuiles dicuntur. §.1. Insti. de obligat. Exempto igitur, siue ex uendito, duæ nascentur obligationes una naturalis ex æquitate.l.stichum.§. naturalis.ff.de solut. altera uerò ciuilis, ut not. glos.Insti.de obliga.in prin.

Iul. quam bene hæc pingis, sit sanè ut
21 ais, iam aueo scire, utrum † istud ciuile dominium, naturali remanente tolli possit? Fab. quid ni? quemadmodum enim ciuilis obligatio, ciuili actu, hoc est acceptilatione tollitur, & remanet naturalis.§. item per acceptilationem. Insti. quib. mod. toll. oblig. & not. glos. insti. de obliga.in prin. in uersic. necessitate. ita, ciuile dominium, ciuili actu, hoc est usucapione, priori domino paulatim extinguitur, & alteri nouum acquiritur. Doc. & præsertim Ias. in.l. possideri.§.ex pluribus.ff.de acquir. possess. in.7.col. uersic. tertia notabilis conclusio. &.d.§.singulorum. &.l.3.ff.de usucap. Iul. illi textus dicunt, simpliciter dominium per usucapionem acquiri. cur igitur magis de ciuili, quam de naturali intelligis? Fab. quia usucapio est actus quidam ciuilis. Instit. de usucap. in princip. & ciuilis ratio, ciuilia iura uni tollere, & alteri adijcere potest, naturalia non utique. Insti. de leg. ag.tut.§.fin. Quod autem per usucapionem ciuile dominium uni acquiratur, & naturale apud priorem remaneat, probat text.in.l.si quis emptionis. C. de præscrip. 30. uel 40.ann. ibi, enim quidam a non domino fundum emerat, eumque bona fide per 10. uel per 20. annos possederat, & lon gi tem-

gi temporis præscriptionem contra dominos acquisiuerit, postea domini uendicabant, is qui præscripserat, longi temporis exceptione, agentes reiecit. nota ibi in textu illa uerba, contra dominos: nam Imperator ibi post completam usucapionem appellat dominos, qui rei uendicatione aduersus eum, qui præscripserat, agebant. si igitur erant domini, ergo habebant dominium. argum. a coniugatis, ciuile non habebant. illud enim acquisitum erat ei, qui fundum usu ceperat. & duo non possunt in solidum idem habere dominium. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. Quod autem is, qui præscripserat habeat dominium patet, quia actionem ad rem uendicandam habet, ut ibi dicitur. illa autem actio, non datur nisi domino. l. in rem. ff. de rei. uendi. naturale certè dominium habere non poterat, quod traditione a domino facta, acquiritur. l. traditionibus. C. de pact. quæ ibi non intercessit. Clarè itaque patet ibi dominium naturale, apud eum esse, qui prius fundum habebat: ciuile uerò apud eum, qui præscripserat. Iul. ergo dominium erit duorum insolidum, quod qui dem fieri nequit. d. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. Fab. possessio potest ne esse duorum insolidum? Iul. minime. d. §. si duobus. Fab. ita est. sed dic quæso, nonne potest unus naturaliter totum fundum, alter uerò eundem, totumque ciuiliter possidere? Iul. quo nam modo. Fab. finge, Titium & naturaliter & ciuiliter fundum possidere, si deinde Titius ad nundinas proficiscitur nemine in fundo relicto, sine controuersia ciuilem retinet possessionem. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. ff. de acquir. possess. totum itaque fundum ciuiliter Titius possidebat. Iul. negari non potest. Fab. si aliquis deinde eiusdē fundi possessionem occupauit, prorsus totum fundū naturaliter possidet. d. §. qui ad nundinas. Iul. ita est. Fab. quemadmodum igitur potest unus totum fundum naturaliter, alter uerò ciuiliter possidere: ita potest unus dominium naturaliter alter uero ciuile, in eodem fundo habere argumentum enim a simili rectè ducitur.

Iul. magna est uis rationis, cogor iam cedere, sed si non sum tibi molestiæ, aueo adhuc aliud scire. a scribentibus. n. sæpius fit mētio directi dominij, idcirco cuperem au-
22 dire, quamobrem † dominium dicatur directum? Fab. ad differentiam obliqui. Iul. quid. is? reperitur ne obliquum dominium? Fab. certè. Iul. horresco, audiens. Fab. ne horreas mi Iuli. ea enim ratione, qua reperitur substitutio directa & obliqua, eadem & dominium directum & obliquū reperitur. Iul. dicas quæso, quando substitutio dicitur directa? Fab. quando substitutus manu sua capit, nec alterius factū requiritur. Iul. & obliqua Fab. quando substitutus de manu alterius capit, & alterius facto opus est. uide Bar. in. l. centurio. ff. de uulga. & pupilla. in pen. col. Eodem modo, dominium directum est, quod quis directo, hoc est per se, manu propria sine alterius facto ab initio acquisiuit. Obliquum uerò est, quod à principio manus alterius obliquè acquisitum est. Iul. non intelligo. Fab. audi igitur. aut principio, ut sæpe dictum est, terra erat communis, deinde tempore Phalec septimi a Noe, ut supra dixi, per liberos Noe fuit diuisa. iure enim gentium dominia distincta, & agris termini positi fuerunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Quisque igitur, eo tempore agros directò manu propria occupabat, moxque naturaliter possidebat. ex tali deinde possessione, recta uia, sine alterius facto dominium acquirebat. d. l. 1. ff. de ac-
23 quirend. possessio. & quia † non ab alio, sed directè capiebatur, appellatum fuit directum dominium. Iul. tibi facilè assentirer, nisi unum obstaret, dixisti enim dominium obliquum esse, quod quis manu alterius obliquè acquirit. si ita est, sequitur omne dominium hodie esse obliquum. nam pone Titium a principio, ut ais, directum dominium in fundo habuisse, eumque aliquo iusto titulo Sempronio tradidisse, nonne dominium fundi acquisitum est Sempronio. §. per traditionem. Instit. de rer. diuisi? Fab. utique, sed quid tum? Iul. nonne Sempronius illud dominium alterius manu acquisiuit? Fab. prorsus. Iul. ergo est obliquum. Fab. imo directum. Iul. non capio. Fab. intelligas

exemplo

exemplo opus est. audi igitur. Si Flaminius manu propria uirgam solidam rectamq; ex arbore auelleret; deinde eam tibi traderet, nonne tu alterius manu, illam caperes? Iul. certè. Fab. & tamen illa uirga sic erit recta in manu tua, quemadmodum erat in manu Flaminij: & si tu illam alij, alius alij, & si mille alijs traderent, semper profectò uirga illa per se manebit recta. Ita in proposito, dominia, quæ illi primi huius mundi habitatores directo occuparunt, erant sine dubio directa, quia non alterius manu, sed per se ea nanciscebantur si deinde aliqui illorū, dominia illa, quæ apud eos erant directa, alijs tradiderūt, & alij alijs à tempore Noe usque in hunc diem, certè illa eadem sunt, erant igitur directa, directa itaque manent etiam hodie. quoties enim dominium transfertur ad eum qui accipit, tale transfertur quale fuit apud eum, qui tradidit. l. traditio ff. de acquir. rer. do. Iul. Dixisti mi Fabi, dominium obliquū seu utile esse illud quod quis manu alterius capit, huic sententiæ uidetur obstare hoc. legatarius ab hęrede accipit legatum. §. 1. Insti. de leg. & tamen efficitur dominus directus, & consequenter habet directum dominium. Fab. quid ais mi Iuli: nonne in legatarium ipso iure recta uia dominium transit. l. a Titio. ff. de fur. ergo legatarius dominium rei legatæ ab hærede nequaquam accipit, & consequenter non est obliquum tunc enim dominium est obliquum quando quis a principio manu alterius capit. non obstat. §. ille de leg. Inst. ibi enim legatarius non dominium, sed rem ipsam ab hærede accipit.

Iul. & ratione, & exemplo cogis me ita
24 esse fateri. aueo iam scire, † quo iure obliquum dominium cœpit? Fab. iure ciuili. Insti. de loca. & conduct. §. adeo. & tale dominium constitutum fuit propter hominum utilitatem. nam olim, quando aliquis, ut puta Titius non habebat agrū, nec numos, quibus eum emeret ab alio, ut puta, Seio multos habente, in perpetuum fundum cōducebat fruendum: idest hac lege, ut quandiu pro eo constituta pensio penderetur, tādiu neque ipsi, qui conduxerat, neq; his qui in eorum locum successerant auferri liceret l. Seius igitur conductor, non per se, nec manu propria, sed manu Titij, & consequenter obliquè fundum accipiebat, & per consequens dominium etiam obliquè acquirebat. & quia tale dominium ab eo qui locauerat, in eum qui conduxerat, obliquè ab initio translatum fuit? idcirco obliquū est appellatum. Hæc colliges ex. l. 1. ff. si ager. uecti. uel emph. pet. &. §. adeò. Insti. de loc. & condu. Iul. mirifice uerba depingis. Sed his uidetur aduersari Paul. in. d. l. ait. ff. eum, qui ita conduxit, non effici dominum. Fab. & idem Paul. ibidem inquit, ei qui cōduxit in rem actionem competere. hæc autem competit ei, qui aut iure gentium, aut iure ciuili dominium acquisiuit. l. in rem. ff. de rei uend. Iul. ergo Paulus pugnantia dicit? Fab. minimè, utrumque enim uerum est: nam directum dominium remansit apud eum, qui ita locauit: & ideo dicit, eum qui conduxit, non esse dominum, intellige directum. obliquum uerò dominium apud eum est, qui conduxit. is enim etiam dominus appellatur. l. si possessores, in ult. uer. C. de fund. patr. lib. 10. propter quod ei cōpetit in rem actio aduersus quemuis possessorem. l. 1. §. 1. uers. sanè. ff. de superfic. Iul. iam aures non ita horrescunt. sed qui sunt, qui tale obliquum habent dominium? Fab. Emphyteota, Feudatarius, superficiarius, & eiusmodi. Iul. quid ais, superficiarij, non obliquum, sed utile dominium habent. prætor enim superficiario utilem in rem actionem dat. l. in prouinciali. §. penul. ff. de noui ope. nuncia. si igitur utilem in rem habet actionem, per consequens utile habet dominium. Fab. ita est, inquam. sed
25 non sequitur, habet † utile dominium, ergo nō habet obliquum. eadem enim res est, sed una ratione obliquum, altera uerò utile appellatur, quemadmodum enim una est substitutio, quæ obliqua, & fideicommissaria appellatur. obliqua dicitur, eò quod manu alterius substitutus capit. Bar. in. d. l. centurio in pen. col. Fideicommissaria eò quia fidei hæredis committitur Insti. de fideicōmiss. hæredit. ita in proposito, tle dominium dicitur obliquum, quia manu alterius capitur, ut supra dictum est: utile autem, quia habenti affert utilitatem.

Iul. quid audio? directus dominus nonne

etiam

etiam habet utilitatem? Fab. minime, si superficiei non dominatur. Iul. quo nam pacto id fit? Fab. dicam tibi, sed prius sciendum est, quid superficiei appellatione contineatur. nam multi putant superficiem esse arbustum, uineam, domum, aliudue ædificium in solo conducto positum. ita sentiunt plures glos. in. l. 1. ff. de superfi. & præsertim glos. in uer. si emerit in si. pro qua uidetur tex. in. l. fi. ff. eo. Iul. & ego ita arbitrabar,
26 nonne ita est? Fab. minime † superficies enim (non inquam geometricam, quæ longitudine, latitudineque censetur, ut Boet. lib. 1. Geomet. ait, de hac enim nunc non agitur) sed ea de qua in. l. 1. ff. de superfi. quæ, ut grãmatici uolunt, est superior pars, faciesque cuiusque rei, quæ oculis cernitur. Diuidatur itaque solum in duas partes, in superiorem scilicet, & inferiorem. Pars illa superior, dicitur superficies. Iul. quatenus deorsum se extendit. Fab. quatenus solis radij calefaciunt Iul. crassa, & alta est talis superficies. Fab. imò tenuis, respectu inferioris partis, quæ usque ad terræ centrum pertinet. nihil enim per se ipsum paruum, aut magnum dicitur, sed eò quod ad aliud refertur. nam mons quidam respectu alterius montis magni, paruus dici potest. Milleum item, magnum, respectu alterius milij parui. Aristo in prædic. quat. eodem modo ista pars soli superior, quæ superficies appellatur tenuis, subtilisque habetur, respectu inferioris, quæ est crassa, altaque usque ad cen
27 trum. Iul. ergo † domus non est superficies? Fab. non propriè. Iul. Nonne Iureconsulti uocant ædes superficiarias. l. fi. ff. de superfi. & insulã superficiariam. l. inter quos §. damni. ff. de dam. infec. Fab. nemo est, qui hoc neget. Iul. modo ais, modo negas, præter morem tuum. negas enim ædes esse superficiem, & fateris eas appellari superficiarias. Fab. amicè agamus mi Iuli, nõne aliud est ager, aliud agrarius: cum ager substantiuum nomen, proprietas loci sit. l. quæstio. ff. de uerb. sign. agrarius uerò adiectiuum est, quod ad agrum pertinet, ut lex agraria. Iul. sit sane, ut ais. quid sequitur? Fab. sequitur, ut eodem modo aliud sit hoc nomen substantiuum superficies, aliud superficiarius, ria, rium, adiectiuum superficies enim est superior soli pars: superficiarium id dicitur, quod ad superficiem pertinet, uel quod in superficie positum est. Hinc ædes appellantur superficiariæ, quod in superficie positæ sunt. Iul. ista hæc alliciunt quidem. sed aduersari uidetur Paul. in. d. l. damni. §. ei. ff. de dam. infec. ibi, qui in solo superficiem posuit. si enim posuit, non est pars soli superior, ut ait, sed uinea, uel domus, quæ in solo ponitur. Fab. non inficior superficiem interdum pro domo, quæ in soli superficie posita est, posse capi. ponitur enim continens pro contento, sicuti aliquando ponitur domus pro familia, quæ in ea continetur. ut in. 1. Polit. ubi dicitur. omnis domus, hoc est omnis familia regitur a seniore, & ita loquitur Paul. in. d. l. damni & l. inter quos. §. damni. ff. eod. Quod autẽ domus non sit propriè superficies, argumento apertè demonstratur hoc modo. superficies est illud, quod natura solo cohæret. l. obligationum ferè. §. placet. ff. de actio. & oblig. ubi Paulus in hæc uerba ait. si quis dixerit, se solum sine superficie cedere, nihil proficit quo minus & superficies transeat, quæ natura solo cohæret nota illud uerbum, natura: sed domus non natura, sed hominis artificio solo cohæret: ergo domus non est superficies. quid huic argumento responderi possit, non uideo. Iul. urget. profecto. Sed quæro, an domus superficiei pars dici possit? Fab. certè. quemadmodum enim fructus pendentes, pars fundi esse uidentur. l. fructus. ff. de rei uendi. ita uinea, domus, pars superficiei esse uidetur: non tamen est integra proprieque superficies, sed superior pars soli continens uineam, domum, arboresque est integra proprieque superficies. Quod autem ista pars superior sit superficies, patet nu. c. 22. ubi dicitur. ecce populus, qui egressus est de Aegypto operit superficiem terræ, ibi, sine controuersia superficies capitur pro superiori terræ parte, non autem pro domo, & uinea, quia in deserto illo, neque domus, neque uineæ erant. Item dicitur. superficies maris, in quo non sunt neque domus, neque uineæ, unde Aristo. 4. Metheor. ait, aquæ superficies in profundum non cedit. Gene. c. 2. dicitur fons irrigans uniuersum superficiem terræ.

O Iul.

Iul. assentior iam. sed quid ad rem: quæstio erat, quamobrem dicatur dominiũ utile? Fab. quid ad rem ais? ex his facile per te colliges, quamobrem dominium appellatur utile. illa enim superior soli pars, quam superficiem appello, est hominibus mirificæ utilitati, atque adiumento. ea enim solis radijs calefacta, omnes herbas, omnes plantas, omneisque fructus, & denique omnes fruges, hominum causa producit. solis enim radius ad generationem sensibilium corporum maiorem in modum confert, & ad ipsam uitam mouet, nutrit, auget, perficitque. hæc ad uerbum S. Thom. in opusc. ad magistrum Io. de Ver. arti. 3. hinc Arist. in 2. Phys. ait. homo hominem generat, &
29 Sol. hæc † itaque superficies solis radijs calefacta, maximopere est utilis. quamobrem qui eam habet, eique dominatur, utilis dominus meritò appellatur: & per consequens utile inde dicitur dominium. Iul. Hæc adeo uerisimilia sunt, ut non audeam negare. sed quia istud utile dominium, paulo antequam appellasti obliquum, uellim scire. an obliquum, & utile sint duæ dominij species? Fab. minime, sed una tantum. Iul. quæ? dominium inquam obliquũ. illa enim obliqui appellatio, est specifica differentia, quæ adiuncta dominio, uti generi, speciem dominij facit, quæ dominium obliquum appellatur. illa quidem dictio utile, est quoddam accidens. accidit enim tali obliquo dominio, ut sit utile, eò quòd is, qui tale habet dominium utitur superficie, quæ mirificas affert utilitates, ut dictum est. illa igitur appellatio utilis est accidens, quòd & adesse, & abesse, præter subiecti corruptionem, sine dubio potest, ut Dialectici aiunt, & consequenter speciem non constituit. omne enim quod aduenit rei subsistenti, tanquam ipsam informans accidens est. ita S. thom. in opusc. de plur. for. c. 2. Exempli causa, postquam homo subsistit, si ei adueniat musicum, efficitur homo musicus. illa forma musicus, est accidentalis eò quod postea aduenit, & potest abesse sine corruptione subiecti. nam si homo penitus musicæ obliuisceretur, nihilominus remanet homo. Iul. fuit igitur huiusmodi dominium prius obliquum, quam utile? Fab. prorsus. finge Titium emere abs te superficiem, facta traditione, statim Titio obliquum dominium acquiritur. obliquum inquam, eò quòd obliquè, manu, factoque alterius acquiritur. acquisita hac obliqui dominij specie, Titius deinde incipit, uti superficie, arando, seminando, arboresque ponendo, & ita utendo, naturalem percipiet utilitatem, & ob id illud obliquum dicitur etiam utile. Quemadmodum homo prius dicitur rationalis à forma specifica, deinde acquisita musica, dicitur homo musicus à forma accidentali: ita dominium dicitur obliquum a forma specifica, & utile ab accidentali.

Iul. si illa appellatio utile est accidens, seu forma accidentalis, ergo poterit a superficie abesse? Fab. atqui. finge enim omne quod in superficie positum est, aquarum impetu penitus erutum, totumque superficiẽ arena obrutam, ita ut nec herbas, nec quicquam naturaliter queat producere, ueluti est litius maris, nonne talis superficies erit inutilis? Iul. sine dubio. Fab & tamen illud dominium obliquum remanet apud eum, apud quem antea fuerat. Iul. ita puto. Fab. erit igitur tale dominium inutile. Iul. concedo. Fab. concedendum est etiam esse accidens, cum & adesse, & abesse præter subiecti corruptionem possit.

30 Iul. cogis me iam fateri. sed cur huiusmodi † dominium a scribentibus appellatur utile, & non obliquum? Fab. solitum est, ut ab eo quod notius est nobis, incipiamus. Aristo. 1. Phys. notior est nobis accidentalis forma, quam substantialis. notior enim est nobis nigredo corui, quæ est forma accidentalis, quam eius forma substantialis. & ideo uulgo appellatur coruus niger non autem irrationalis.

Ita in proposito, notius nobis est, tale dominium esse utile, quam esse obliquum. utile enim est forma accidentalis: obliquũ uerò differentia specifica, quæ est uti forma essentialis, ut Dialectici aiunt.

Iul. acquiesco iam de hoc. sed quæro utrum
31 † dominium directum, quod tu appellas unam dominij in genere speciem, sit utile, an inutile? Fab. potest esse, & utile, & inutile. hæc n. appellatio utile, potest adesse, et abesse,

& abesse, cum sit accidens. Iul. quando tale dominium dicitur utile? Fab. quando quis habet dominium inferioris partis soli, atque etiam superioris, quæ dicitur superficies si ea utitur, sine controuersia, dominium illud directum, dicetur utile, eo quòd dominus utili superficie utitur? Iul. bene est. sed quando est inutile? Fab. tunc cum locat alteri in perpetuum superficiem, iuxta. l. 1. ff. de superfi. Iul. nonne tunc dominium directum remanet penes locatorem? Fab. certè. sed cum nullam secundum naturam afferat utilitatem, utile dici non potest. Iul. quid ais? nonne ratione talis dominij præstatur ei pensio? §. adeò. Insti. de loc. & conduc. & ita dominium directum erit utile? Fab. præstatur quidem: sed illa pensio, non ex re, sed ex conuentione ab homine percipitur. non est igitur utilitas rei. utilitas enim ab utor, uteris (ut grammatici aiunt) ducitur, qui igitur re non utitur, non habet ex ea utilitatem: dominus directus superficie, quam alij locauit, minime utitur: non habet igitur ex ea utilitatem, & per consequens eius dominium, hoc casu, non dicitur per se utile.

Iul. iam de hoc amplius non dubito, sed uno dubio auulso, non deficit alterum. scili-
32 cet utrum illud † dominium, quod paulo ante appellasti ciuile, sit directum, an obliquum? Fab. nimis generaliter loqueris. nam directum, & obliquum, sunt duæ specificeæ differentiæ, & quidem oppositæ. idcirco in una re eodem tempore esse actu non possunt. Est igitur dominium ciuile uti genus subalternum, quod non actu, sed potestate has duas differentias, hoc est directum, & obliquum continet. Iul. quid differt, si dicatur actu, an potestate? Fab. tantum differt id, quod est actu, ab eo, quod est potestate, quantum homo ridens, ab homine qui ridere potest, non tamen ridet. nam musicus, dum canit, actu est musicus. dum non canit, potestate. Animal itaque continet has differentias, rationale scilicet, & irrationale, potestate, & non actu: quibus duæ formantur species, hoc est animal rationale, & irrationale. ita dominium ciuile, uti genus, duas differentias, hoc est directum, & obliquum potestate, & non actu continet: quibus duas constituit species, idest dominium ciuile directum, & dominium ciuile obliquum. Iul. sed quod est directũ? Fab. quod neque manu, neque facto alterius, sed iuris dispositione acquiritur. Iul. & obliquum? Fab. quod manu, factoque alterius nanciscimur. & ne res exemplis egeat ita habeto. Dominiũ ciuile directũ, est illud, quod per usucapionem nobis acquiritur. Tale. n. dominiũ nec manu, nec facto alterius, sed iuris dispositione nobis acquiritur: ergo directum, ut supra dixi. Itẽ, dominium, de quo in. l. fi. C. de sacr. sanc. eccle. & in. l. à Titio. ff. de fur. est etiam directũ, quia recta uia, ad nos sine alterius facto transit. d. l. à Titio. nota quæso illa uerba recta uia nam si illud dominium recta uia ad nos transit, necessariò est directum.

Iul. placent hæc, sed dicas, is, ad quem tale directum, & ciuile dominium transit, habet ne etiam naturale Fab. nõ statim, sed mox facta rei traditione. §. per traditionem
33 Insti. de rer. diui. Iul. si † legatarius à morte testatoris, uel saltẽ ab adita hæreditate, rei legatæ dominium habet, quomodo agit actione personali, contra hæredem, ad rem sibi dandam, aduersante. §. si itaque. Insti. de actio? Fab. agit ad dandum respectu naturalis dominij, quod ante legati traditionem est apud hæredem. Iul. si dominium naturale est apud hæredem, ut ais, quo nam modo legatarius agit actione in rem pro re legata. §. nostra. Insti. de leg? Fab. quia habet ciuile dominium, cuius uirtute in rem legatam, actio ei competit. l. in rem. ff. de rei uend. ubi dicitur, in rem actionem ei competere, qui iure ciuili dominium acquisiuit. Iul. si est dominus, quomodo habet hypothecariam, cum pignus rei suæ consistere non possit? Fab. quia naturale dominium rei legatæ, ante traditionem non transit ad legatarium, ideo non dicitur res sua respectu naturalis dominij. hanc ob causam, respectu naturalis dominij, non dicitur habere pignus rei suæ. Iul. iam satis in hoc mihi factum est. reuertamur ad rem: istud ciuile dominium, appellatur ne utile, an inutile? Fab. dic ut supra de naturali dominio dictum est. Iul. ita clare ea, quæ narras uerbis depingis, ut non possim, ita

esse, non confiteri. sed hoc amplius scire velim. an quemadmodum appellatur dominium directum, & utile, eodem etiam, mo
34 do, † proprietas directa, & utilis appellari possit. ut hæc intelligas, scire prius oportet, hanc appellationem dominij esse ad aliud? Iul. quid significat esse ad aliud? Fab. hoc inquam, quod omnia relatiua, hoc ipso, quod sunt, aliorum esse dicuntur. Iul. explica hoc exemplo? Fab. simile, nonne est relatiuum? Iul. negari non potest. Fab. eo ipso, quod est simile, alicui simile est. Item si est minus, minore aliquo est maius. per se enim nihil, neque magnum, neque paruum dici potest. Item si alia est, alicuius alia est. Eodem modo, si dominus est. alicuius rei dominus est, credis ne ita esse? Iul inficiari non possum, nam & Dialectici, hoc ipsum aiunt. sed quorsum hæc? Fab. consequens igitur est, ut si est dominus directus, & proprietas, cui is dominatur, sit etiam directa, sequitur enim, est dominus directus, ergo est proprietas directa: & è contrario, est proprietas directa, ergo est dominus directus. Eodem modo ualet, est dominus obliquus, ergo proprietas, cui dominatur, est obliqua: & contra, qualis enim est dominus talis est proprietas. Iul. ita puto, sed ad huc aliquantulum ambigo. Fab. faciam ne dubites. si habeo superficiem a te emptam, uel in perpetuum conductam, atque mirum abs te traditam, habeo ne rem aliquam? Iul. certè Fab. si rem habeo, illa res, est ne communis, an mea solius? Iul. tua solius. Fab. si mea solius est, ergo est mea propria? Iul. ita fateor. hoc enim uersus dici potest nihil. Fab. si res mea propria est, ergo eius rei proprietas mea est? Iul. quo tendis? Fab. ut fatearis, proprietatem aliquam, esse obliquam. Iul. hoc ipsum audire desidero. nam Ias. in. §. nihil commune. ex mente Bal. ait, proprietatem semper esse directam, & nunquam obliquari: & consequenter nec emphyteotam, nec Feudatarium, nec superficiarium habere proprietatem. tu quid sentias aperito. Fab. Morem geram. illam superficiei proprietatem quam abs te accepi, accepi ne manu mea, an tua, factoque tuo? Iul. manu mea, factoque meo, sine dubio accepisti. Fab. immo tu. Iul. quo nam modo? Fab. quia, quando quis capit, manu, factoque alterius, sine controuersia oblique accipit, ita Bar. in. l. centurio. in pen. col. ff. de uulg. & pupil. quamobrem, si manu tua, factoque tuo, talem superficiei proprietatem accipi, oblique quidem accepi. ergo obliqua est proprietas. Iul. assentior iam, nec enim est, quod contradici ullo modo queat.

Est igitur ex sententia tua, duplex proprietas. Fab. duplex quidem, proprietas enim, uti genus, in duas species diuiditur, in directam scilicet, & obliquam, sed obliqua à forma accidentali, quæ est nobis notior, utilis appellari solet, ut dictum est supra de dominio.

Iul. iam hæc uera esse confiteor, sed aueo ulterius scire. audiui enim sæpius dubitari, an possessio, & dominium sint res incorporales, nec ne? Bar. in. d. §. nihil commune, dicit esse incorporales: ea ratione, quod ea, quæ sunt iuris, sunt incorporalia. l. 1. ff. de rer. diuis. in fi. sed dominium est iuris. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. item possessio inquit ipse, est iuris. ut not. in. l. 1. ff. de acqui. possess. Ias. uerò ait, non probari in. l. ex hoc iure, dominium esse iuris. nam licet, inquit ipse ibi. dicatur, dominium esse ex illo iure, per hoc non probatur dominium esse ius. patet ait ipse, quia ille tex. dicit, ex hoc iure sunt contractus. & tamen contractus non sunt iuris, sed facti. l. consilio in fi. ff. de cura, furio. item tex. ibidem dicit, ex hoc iure sunt bella, & tamen bellum non est ius. hæc ille ad uerbum, sed tu quid sentis?

35 Fab. habeas pro comperto mi Iuli. † dominium esse quid incorporale. & ad hoc probandum ita argumentum ducatur: omne corpus potest tangi. l. 1. ff. de rer. diuis. §. incorporalis. nullum dominium potest tangi. ergo nullum dominium est corpus. Iul. si ita est, quid ad hoc dicis? Fab. quid est? Iul. dominium proprie non potest esse sine re corporali. nam si dominium habeo, alicuius rei corporalis dominium habeo? Fab. duæ incorporalium rerum formæ sunt. una, quæ præter corpora esse potest, & separata à corporibus perdurat, ut Deus, mens anima. Altera uerò est, quæ

quæ licet sit incorporea, tamen sine corpore esse non potest, ut linea, & qualitas. hæc enim sine dubio non sunt corporea. corpus enim tribus dimensionibus, longitudine scilicet, latitudine, crassitudineque existit, ut in Geometria uidere potes. At linea & qualitas, huiusmodi tres dimensiones non habent, ergo non sunt corpora, & tamen sine corpore esse non possunt. Ita ait Boe. in 2. editione in Porphyrium, in tex. mox de generalibus. Iul. quid hoc ad rem? Fab. ut ostendam dominium non esse corporale: nam si non habet illas tres dimensiones, nó est corpus, licet sine corpore esse non possit. erit igitur necessario incorporale. Iul. hoc ita esse credo. sed utrum dominium sit ius, non satis constat. Fab. ius est sine dubio d. l. ex hoc iure. quicquid enim ordinatum est a iure, seu lege, iuris est. nam ordinatio, & constitutio gentium, est ius gentium §. 1. uersi. quod uerò. Insti. de iur. na. gent. & ciuil. ordinatio item, & constitutio ciuilis societatis, hoc est ciuitatis, est ius ciuile. nam ius est ordinatio ciuilis societatis, ut ait Aristo. 1. Polit. & d. §. 1. uers. ná quod quisque. sed dominium est ordinatio, & cóstitutio gentium d. l. ex hoc iure. gentes. n. ordinarunt, ut dominia diuiderentur, & essent singulorum, ergo est. Iul. cuius iuris est, gétium, an ciuilis? Fab. dominium quod supra appellaui naturale, est iuris gentium, quoniam a gentibus naturali ratione dictáte, est constitutum. d. uers. quod uerò. dominium autem ciuile est iuris ciuilis. d. §. 1. uer sic. quod quisque.

36 Nec obstat † quod ait Ias. imo glos. in d. l. consilio. in uer. facti in fin. ait enim non sequitur. hoc est ex iure, ergo est ius: nam contractus, inquit ipse, sunt ex iure. d. l. ex hoc iure, & tamen sunt facti d. l. consilio. contractus enim est quædam ordinatio a iure, hoc est constitutione gentium introducta. gentes enim introduxerunt numorum usum, & emptionem, & uenditionem, aliosque contractus. d. l. ex hoc iure. & Aristot. 1. Polit. de quo plenè alias diximus. Ordinauerunt præterea, ut forma contractus emptionis, & uenditionis, ita demum consisteret, si consensus partium, si res, si pretium in numerata pecunia interueniret. Insti. de empt. & uend. in princ. & §. item pretium. Ordinauerunt item & aliorum contractuú formas. & talis ordinatio, est ius, & de hac loquitur. d. l. ex hoc iure. Ordinatio uerò quam faciunt contrahentes, eò quod conueniunt de re, de pretio, in pecunia numerata, est facti: & de hac loquitur. d. l. consilio. cuius hæc sunt uerba, quia solutio, uenditio, traditio facti sunt. quod perinde est, ac si diceret ipsum soluere, ipsum uendere, ipsumque tradere facti sunt. Iul. potest hoc exemplo aliquo affirmari? Fab. certè. nam medicina, quæ ab illis antiquis, peritisque medicis constituta, compositaque est, scientia profectò est. at medicina, quæ ab aromatarijs componitur, sine dubio, non scientiæ, sed facti est. ita ordinatio contractum iure gentium constituta, iuris est: sed ordinatio contractuum facta a partibus, facti est. d. l. consilio. Item ordinatio bellorú facta iure gentium, hoc est ut bella gerantur contra eos, qui parere tenentur, & parere nolunt, ut in. 1. Polit. item ut solenniter indicantur, de cuius solennitate apud Liuium legere potes. talis inquam ordinatio est ex iure gentium. d. l. ex hoc iure. & ideo bella antequam gerantur, sunt iuris: sed quádo indicuntur ac geruntur, facti sunt. Ex ijs concludo dominium esse ius, & incorporale quidem.

37 Iul. quid de † proprietate & possessione? Fab. eadem ratione sine controuersia sunt incorporales. Iul. sunt ne iuris? Fab. proprietas directa est iuris gentium. proprietas uerò obliqua est iuris ciuilis, ut ex supradictis patere potest. Possessio, quæ est ciuilis, est iuris ciuilis. Iul. & naturalis? Fab. est facti, ut plenè in materia possessionis declaratum est, ibi uideto. Iul. si naturalis possessio, est facti, ergo est corporea? Fab. non sequitur. nam linea est facti, & tamen est incorporea, ut supra dictú est. Præterea naturalis possessio est usus. l. quæstio. ff. de uerbo. signifi. cuius diffinitio hæc est, possessio naturalis est usus, a natura inductus, quo quis utitur re corporali, per se, uel per animata instrumenta, quo ad omnes & integros fructus secundum naturam, an hæc diffinitio sit bona, alibi diximus. si igitur est usus, ergo non est corpus, quoniam

niam non habet illas tres dimensiones, sine quibus corpus esse non potest. Iul. leges innuunt, hanc esse corporalem. l. quod seruus, & l. si id quod. §. si. ff. de acqui. possess.? Fab. si bene animaduertisti, leges illæ appellant corporale, quoniam de naturali possessione loquuntur, quæ sine corpore, nec acquiri, nec retineri potest. id quod ostendit d. l. quod seruus, ibi, corporaliter a seruo teneatur, & licet non possit esse sine corpore, tamen ipsa, non est corpus, ut de linea dictum est.

Summarium.

1 *Commune tribus modis capit.*
2 *§. nihil commune. de qua communione loquatur.*
3 *Actio in rem, an detur ei qui possidet. Possidere actu, & potestate, quid.*
4 *Possidenti naturaliter non datur actio in rem. Et quando procedat. nu. 6 l. officium. ff. de rei uendi. declaratur.*
5 *Interdictum uti possidetis non datur ciuiliter possidenti.*
7 *Duo possunt insolidum diuerso tempore fundum naturaliter possidere.*
8 *§. nihil commune. Intellectus.*
9 *L. ordinarij. C. de rei uendi. & l. Incerti. C. de interdi. quomodo procedant. Et eorum ordo quare Inuentus. nu. 11.*
10 *Petitorium & possessorium an possunt simul concurrere.*
12 *Verba illa, non uidetur possessionem renuntiare, qui rem uendicauit, quomodo Intelligantur. & nu. 13.*
14 *Petitorium & possessorium uidentur ad eandem rem concurrere.*
15 *Licet tendant ad diuersa.*

XLIIII. DECLARATIO §. NIhil comune. ff. de acquire. posse.

IVl. satis iam mihi de hoc factum est. cuperem nunc a te aliud audire, in d. l. naturaliter, dicitur, nihil commune habere proprietatem cum possessione. Glos. & scribentes, in huiusmodi rei intelligentia mirum imodum laborant, adeo ut mihi ex eorum lectione animus non quiescat. oro igitur, ut quid tu sentias, clare more tuo id explanes.

Fab. morem tibi non inuitus geram. attende, Vlpianus nimis generaliter locutus est, nulla enim in mundo res est, quæ aliquid commune cum alia re non habeat, &
1 ut facilius intelligas, scito, † aliquid commune tribus modis posse considerari nam aut commune uersatur circa generalia, aut circa res, aut circa rerum operationes. Si primo modo consideretur, nihil est, quin aliquid commune habeat cum alio. quicquid enim in mundo est, aut est substantia, aut qualitas, aut quantitas. necesse est igitur, ut unaquæque res saltem unum eorum commune cum alia habeat. Exempli causa, lapis cum angelis, & esse, & substantiam communem habet: herba & planta cum homine, commune habet, & esse & uiuere: musca cum elephanto, & esse, & uiuere, & sentire: terra cum aqua frigiditatem: aqua cum aere humiditatem: aer cum igne, caliditatem: terra cum igne, siccitatem communem habet, & sic de cæteris. Et hoc modo non capitur uerbum commune, in d. §. nihil. nam proprietas commune habet cum possessione ipsum esse. utreque enim est. habet etiã commune incorporeum, uti genus: utraque enim est incorporea, est etiam utique communis hæc appellatio qualitas: utraque. n. est qualitas, & secundum eam, quales esse dicimur. a proprietate enim proprietarius, a possessione uerò, possessor appellatur. Habet præterea proprietas communem cum possessione relationem: utraque enim est ad aliud. quemadmodum enim ala, & remus, sunt relatiua, eò quòd sunt ad aliud: quoniam si ala est, alicuius ala est, si remus est, alicuius remitæ rei est, & contra ita, si proprietas est, alicuius rei propriæ est, si possessio est, alicuius rei possessæ est. hoc ita esse, nec Dialectici negarent. Vides igitur, quot habeat communia proprietas cum possessione. Iul. ergo Vlpianus errauit, cum ait, nihil commune &c. Fab. minimè, fuit enim uir doctissimus, extraque omnem doctrinarum aleam positus, quamobrem non potuerunt huiusmodi communia eum latere. de tali igitur cõmunicatione nequaquam sentijt. Iul. ita prorsus crediderim sed commune circa res, quomodo intelligitur-

gitur? Fab. hoc inquā modo, aut una res, per partem est communis, & non tota: ut pote, si Titius in uno fundo, unam habeat partem, seius uerò duas, talis fundus erit communis per partes. Aut res erit communis non per partes, sed usu, per tempora: ut seruus communis, uel æquus. Aut res, uno tempore, omnibus erit communis: ut theatrum, platea, & hoc modo potest loqui Vlpianus, cum ait, nihil commune &c. quoniam nullam rem sic communem habet proprietas cum possessione. Iul. fortasse ita est. Sed commune circa operationes, quo nam modo intelligitur. Fab. ut bene capias, non est ignorandum, operationes, actionesque omnes a propria, & specifica rerum forma procedere. Sanc. Tho. in opus. de occul. operi. natu. & diuersæ species, diuersas habent formas, & consequenter diuersas producunt operationes. Sed proprietas, & possessio sunt diuersæ species, ut supra ostensum est, diuersas igitur habent formas, & consequenter diuersas producunt operationes, Exempli causa, uitis producit uuas, & non glandes: & quercus glandes, & non uuas, potest iure dici. nihil commune habet uitis cum quercu, scilicet quo ad propriam operationem. urtica, forma, sua specifica, urit; lactuca autem refrigerat item, alio modo hirudines, alio passeres nidificant. ita alio modo philomela, alio turdus canit. item planta, ut species ex forma propria, quæ est anima uegetatiua, producit flores, frondes, fructusque: & has operationes non habet communes neque cum boue, neque cum asino, neque cum aliqua alia specie. Ita in proposito, proprietas, ut species est, producit petitorium, hoc est in rem actionem. l. in rem. ff. de rei uend. quam cum possessione communem non habet. Possessio uerò producit possessorium, hoc est interdicta, quæ cum proprietate communia non habet. l. & an eadem. §. si. ff. de excep. te. iudic. Item, possessio cum bona fidei, fructus ex fundo alieno perceptos facit possessoris. l. certum. C. de rei uend. & neque hoc commune habet cum proprietate: quoniam proprietas, hoc minimè operatur. Item proprietas parit onus probandi, petitorio agenti: possessio uerò non onus, sed commodum affert. §. commodum. Insti. de interd. In his igitur, & si quæ sunt aliæ alterutrius operationes, nihil commune habet proprietas cum possessione. loquitur † itaque

2 Vlpianus, iudicio meo, de secundo, & tertio modo communicationis, loquitur enim de petitorio, quæ est propria operatio proprietas, & de possessorio, quæ est ipsius possessionis operatio, & neutra neutri est communis. Cum itaque tractetur ibi de proprietatis ac possessionis operatione, hoc est de petitorio, & possessorio. illa uerba nihil commune &c. intelligenda sunt, ut subiecta materia postulat. l. si uno in prin. ff. loc. & Aristo. 1. Ethic. hoc est, nihil commune proprietas habet cum possessione, quo ad operationes. Iul. florida sunt, quæ pingis, & adeò animum oblectant, ut nequeam uidere an inter hos flores aliquis lateat anguis. Fab. carpe hos flores si placent, nec timeas.

Iul. carpam nunc, deinde olfaciam, ut propem, an eorum odor sit naturalis, interim hoc a te scire uelim an † ei, qui possidet, in rem actio detur? Fab. ambigua est

3 petitio. nonne iam nosti, duplicem esse possessionem, naturalem. & ciuilē? Iul. noui, ut aiunt. Fab. nosse etiam oportet, ciuilem possessionē, re absente, animo, hoc est phantasia retineri. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. ff. de acqui. pos. & supradixi. Iul. & hoc noui. Fab. at naturalis, si a re processeris, nullo instrumento ibi relicto, minime retinetur. d. §. qui ad nundinas. Iul. quid autē si in rei conspectu sim, ita, ut rem uideam?

Fab. & ita etiam amittitur: quoniam naturalis possessio, est usus rei, ut dictum est, & qui de re processit, ea uti nequit. Iul. quid si is, qui fundum possidet, eum colere prohibeatur, non ne habet, uti possidetis interdictum? Fab. habet quidem. l. si duo. §. item uideamus. ff. eod. Iul. quonam modo poterit tali interdicto uti? nam si de fundo egrediatur, nemine ibi relicto, & eat ad iudicem, sententia tua, naturalē possessionem non retinet, & per consequens non possidet, & non possidenti naturaliter tale interdictum non datur, ut alibi dixisti. naturalem enim possessorem prætor duntaxat tuetur, l. 1. §. est igitur. ff. uti. possid. Fab. inge-

ingeniosus es profectò mi Iuli, sed animaduerte quæso. Quemadmodum enim dupliciter, quis scire musicam dicitur. nam & is, qui scientiam habet, habitu, seu potestate, & non utitur, hoc est non canit, dicitur scire musicam, & is, qui habet scientiam actu, & usu, hoc est is, qui canit, dicitur scire musicam. Aristo. 7. Ethic. Ita, is, qui utitur fundo dicitur possidere actu, & usu, & per consequens naturaliter: is uerò, qui non est in fundo, sed iuit ad iudicem, nemine ibi relicto, dicitur naturaliter possidere potestate, & consequenter quando uult, potest actu, naturaliter possidere: & hoc ipsum ita possidere, hoc est, potestate, sufficit ad hoc ut detur interdictum uti possidetis. Iul. ita esse certè credo. sed is, qui ciuiliter possidet, si a re procul absit, possidet ne potestate, an actu? Fab. actu quidem: quia is, qui à fundo discesit, etiam re absente, retinet actu fundi similitudinem, seu speciem, per quam ciuilem possessionem ex ciuitatis institutione actu retinet. d. §. qui ad nundinas. Iul. iam ad propositum redeamus. & si hæc ita sint, quid tum? Fab. hinc certò scies, utrum possidenti in rem actio detur. finge enim, Titium, & naturaliter, & ciuiliter fundum possidere. finge, eundem ad nundinas, nemine ibi relicto, profectum. non ne ita absens ciuiliter possidebit? d. §. qui ad nundinas. Iul. ita reor. Fab. si antequam Titius redeat, alius, puta Sempronius eundem fundem occupet, eoque utatur, non ne Sempronius naturaliter possidebit? Iul. negari non potest. d. §. qui ad nundinas. Fab. si deinde Titius reuersus, ad iudicem eat, non tamē existimās se posse à Sempronio repelli, nec ipse uult illum ui reijcere non ne poterit in rem actione aduersus Sempronium agere? Iul. certè, secundum Bar. in d. §. interdictum. uers. quæ rit glos. ff. uti possid. Fab. ergo ei, qui ciuiliter possidet, in rem actio dari potest. uerò, † qui naturaliter possidet rem, ea utendo, uel per se, uel per instrumenta, in rem actio, & si dominus sit, dari nequit. a quo enim rem, qua ipse utitur, uendicabit? & in hoc casu loquitur. §. æque. uers. ei uerò qui. Insti. de actio. & l. 1. §. interdictum autem. ff. uti possid.

4

Iul. Tua igitur sententia, is, qui naturaliter rem possidet, eam uendicare nequaquam potest? Fab. ita prorsus sentio. Iul. huic sententiæ mirum inmodum obstat. l. officiū ff. de rei uendi. nam quidam, puta Titius, rē suam apud Sempronium deposuit, uel ei cōmodauit, uel fundum eidem locauit: quo casu, Titius sine dubio, rem illam per Sempronium, uti per animatum instrumentum naturaliter possidet. l. qui uniuersas. §. fi. ff. de acqui. pos. & tamen idem Titius potest eam rem uendicare. d. l. officium. & ita clare patet, ei qui naturaliter possidet, in rem actionem competere. Fab. non est, ut ais, nam licet Titius qui rem deposuit, uel commodauit, uel locauit, naturaliter eam possideat. d. §. fi. & l. fi. ff. unde ui. tamen si amicè rem à Sempronio repetit, Sempronius uerò noluerit restituere, statim Titius naturalem possessionem amittit: quoniam Sempronius non est amplius, tanquam Titij instrumentum, sed nomine suo possidet. l. colonus. ff. unde ui. Poterit itaque Titius naturali possessione amissa, uel agere unde ui interdicto. d. l. fi. uel rem uendicare. d. l. officium. quare quando Titius in rem agit, naturaliter non possidet. Vel dicas & fortasse melius, Titium deposuisse rem meam, apud Sēpronium, uel commodasse, uel ei locasse, quamobrem Sempronius non meo nomine nec uti meum instrumentum, sed nomine Titij, & tanquam Titij instrumentum, rem illam tenebat, & per consequens eam rem naturaliter non possidebam, cum ea, nec per me, nec per animatum instrumentum uterer, & Sempronius non pro se, sed pro Titio tenebat. quamobrem, cum ego eam uendico, naturaliter non possideo: & hoc casu loquitur. d. l. officium. Stet ergo firma conclusio hæc, ei, qui naturaliter possidet, in rem actio non datur: quippe cum sufficiat ei, quod possideat. d. l. 1. §. interdictum autem ff. uti possid.

Iul. certè hæc uerò consentanea uidentur. id circo assentior: sed hoc amplius à te scire uelim, utrum cum scribentibus sentias interdictum uti possi. dari etiam ei, qui ciuiliter possidet?

5 Fab. & ego in hunc diem solitus sum in hanc sententiam pedibus ire. hodie uerò aliter sentio. s. † interdictum illud minime ei, qui

qui ciuiliter possidet, competere. Iul. & id scire aueo, ostende si pote. Fab. non te latet mi Iuli eum, qui de fundo discessit nemine ibi relicto, animo idest phantasia, ciuilem duntaxat possessionem retinere.d.§. qui ad nundinas. & ibi Doctor. quemadmodum igitur, qui fundi speciem, seu similitudiné oculis perceptam, etiam fundo absente retinet, is à nemine prohiberi potest quo minus eam ita retineat, quominusq; eam contempletur. Ita is, qui ciuilem possessionem per illam fundi similitudinem, animo, hoc est phantasia retinet, quo minus ita retineat, possideri atque, prohiberi à nemine potest. impossibile est enim, ut quis me animo possidere prohibeat. Sed interdictum uti possi. ei datur, qui possidere prohibetur d.l.si duo.§.hoc interdictum.ff. uti posside. ubi Paul. ait. hoc interdictum sufficit ei, qui ædificare in suo prohibetur.&.l.1.§. est igitur. eo.tit. Vlpianus ait, hoc interdictum huius rei causa redditur, ne uis fiat, ei qui possidet. sed possidenti ciuiliter, non potest uis fieri, quo minus possideat. ergo dicendum est, illud interdictum ciuiliter possidenti non dari. Et nota hoc mi Iuli, quia destruit solutionem, seu intellectum communem ad .§.nihil commune. de quo inferius. Iul. certum est illud interdictum tueri possessionem.d.§.est igitur. de qua igitur possessione loquitur. Fab. de naturali inquam: naturalis enim possessio est, usus rei. ne quis igitur uti re prohibeatur, tale interdictum merito scriptum est. id quod patet in.d.l.si duo.§. hoc interdictum. ubi Paul. ait, hoc interdictum sufficit ei, qui ædificare in suo prohibetur: etenim uideris mihi possessionis cótrouersiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. nota illa uerba, me uti mea possessione. ex illis enim patet, dictum interdictum loqui de possessione quæ est usus. ea autem est naturalis, ut sæpe dictum est in declaratio. naturalis possessionis.& illud uerbum possessione, ponitur pro fundo.l.interdictum.ff.de uerb.sign. Præterea in.l.si duo.§.item uideamus.ff. uti possi. Iurisconf.ait, si tibi uim fecerit, quominus eas uites, uel præcidas uel traducas, uim tibi facere uidetur, quominus possideas. ex quibus aperte ostendit præcidere, uel traducere uites, esse idem quod possidere. & ita possidere, est naturaliter possidere. cum naturalis rei possessio, nil aliud sit, quam ipsius rei usus.d.l.quæstio. & dixi in diffinitione sua supra. Sequitur Paul. inquiens, eum enim qui colere prohibetur, possidere prohiberi, Pedius ait. Sententia igitur Pauli, colere fundum est idem quod fundum possidere, non inquam ciuiliter, sed naturaliter. ciuilis.n.non consistit in colendo fundo, sed in animo.i.in phantasia.l.licet.& ibi not.C. de acquir.possess. naturalis est quæ in colendo fundo consistit: cum sit rei usus, ut sæpius dictum est, & plenè in declaratione naturalis possessionis. Ex his concludo, interdictum uti possidetis ei duntaxat dari, qui naturaliter possidet. possidenti uero ciuiliter datur interdictum recupe.l.clam possidere. §.qui ad nundinas.ff.de acquir.poss.

Iul. dicas quæso, qui habet interdictum uti possid. nóne potest rem uendicare? Fab. potest profecto.d.§.nihil commune. Iul. ergo tibi ipsi aduersaris dixisti enim paulo ante, ei qui naturaliter possidet, non competere in rem actionem & modo dicis, habentem interdictum uti poss. naturaliter tantú possidere, & posse rem uendicare? Fab. animaduerte mi Iuli.

6 † quando ego fundum naturaliter possideo, nec est alter qui naturaliter eundem fundum se possidere contendat, tunc non datur mihi in rem actio.§. æquè. uers. ei uerò. Insti. de actio. sufficit.n. mihi, quod possideam.d.l.1.§. interdictum autem.ff.uti possid. at si ego colam fundum, & sic possideam naturaliter, & tu eundem fundum te magis possidere affirmes, dicens illum introisse, illumq; arasse, & ideo inter nos contendatur uter nostrum possidear, hoc casu quia ego possideo, possum interdicto uti possidetis sine dubio uti.d.l.1.§.inter litigatores. cum seq.& quia tu magis te possidere affirmas, ideo possum aduersus te in rem agere, ut si fundum esse meum probauero, illum mihi liberum restituere iubearis.l.qui restituere.ff.de rei uend. non datur igitur mihi in rem actio, eo quod possideá: hoc.n.esset cótra.d.§.æquè.uers.ei uerò. sed datur eò ꝙ, tu magis te possidere affirmas, ideo ꝙ sicut tu, totú fundum coluisti. Iul. si igitur introiuisti fundum, illumq; arasti, de

P inde

inde ego ingrediens, eundem aro semino-
7 que,† uterque nostrum, tua sententia, naturaliter possidet? Fab. certè. Iul. ergo possunt duo insolidum possidere? Fab. possunt hoc modo, hoc est diuerso tempore. l. si dico. ff. uti poss. in prin. Iul. si ita ais, occurret tibi. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. comm. &. l. 3. §. ex contrario. ff. de acqui. poss. ubi Paulus ait. non magis eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut stare uidearis in eodem loco, in quo sto, uel in quo ego sedeo, tu sedere uidearis. Fab. & his fortior occurrit. d. l. si duo. ff. uti poss. Iul. lex illa, si duo, non obstat. ibi enim secundum glos. & Bar. unus possidebat ciuiliter, alter uerò naturaliter, & duos posse insolidum diuerso iure possidere, nemo est qui neget. Fab. lex illa, si duo loquitur de interdicto uti poss. quòd possidenti ciuiliter non datur, ut supra ostensum est. Dicas itaque duos posse eundem fundum in solidum naturaliter possidere, diuerso tamen tempore, insolidum inquam, id est totum integrumque: hoc enim significat solidum, ut aiunt grammatici, quamobrem possum ego hodie, totum fundum arare, deinde aliquot interiectis diebus: identidem potes tu eundem fundum arare, seu seminare, non tamen potes eodem momento arare, ubi ego aro. hoc ipsum innuit Paul. in. d. §. ex contrario, dum ait, ut tu stare uidearis in eodem loco, in quo sto, accurate dixit, & nō steti. Deinde ait, & in quo loco sedeo, tu sedere uidearis, non ab re dixit, sedeo, & non sedi, & sto, non steti. nam ubi ego steti, tu deinde stare potes: & ubi sedi, tu mox sedere potes. & hoc modo non pugnat, ut duo dicantur insolidum naturaliter possidere. & hoc modo uterque nostrum, contendet insolidum possidere. d. l. si duo. & ideo uterque interdicto, uti poss. experiri potest. & si inter nos proprietatis controuersia sit, uterque poterit, & interdicto, & rei uendicatione, diuersa tamen ratione, agere. nam ea ratione, qua ego possideo, interdicto uti poss. utar.: ea autem ratione, qua tu contendis, te magis possidere, potero cum proprietas ad me pertinet, in rem, aduersus te agere: & tu eodem modo aduersus me experiri potes. Iul. facies mihi rem pergratam, si hæc rursus repetens in regulas summatim colliges, ut facilius memoria teneantur. Fab. geram tibi morem, sed tu attentè audi. Prima regula sit hæc, ei, qui naturaliter fundum possidet, arando, seminando, uites arboresque ponendo, si alter se possidere, non contendit, in rem actio prodita non est. d. §. æquè. uer. ei uerò. Instit. de action. ratio est, quia sufficit ei, quòd possideat. d. l. 1. §. interdictū autem. nec habet ad uersus quem agat. Secunda regula est, si inter litigatores, proprietatis controuersia non est, sed conuenit alterum esse dominum, alterum uerò possessorem, & iste possessoris commodo, ille petitoris onere fungetur: & ideo ei, qui dominus est, aduersus possessorem, sine dubio in rem actio detur, ad hoc ut id quod non possidet, ei restituatur. d. l. 1. §. inter litigatores. & §. & ut Pedius. & hoc casu loquitur totus titulus. ff. &
8 C. de rei uend. Tertia sit regula, † si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia & alteruter se magis possidere affirmat. uterque. n. probat, se arasse coluisseque integrum fundum, diuerso tamen tēpore, idcirco nunc alter, puta Sempronius, alterum puta Titium, colere fundum prohibeat. ei, id est Titio, qui dicit se dominum, aduersus alterum, hoc est Sempronium, qui se possidere contendit, in rem actio datur, ad hoc ut fundus expeditus, & sine molestia ei relinquatur. & quia Titius non solum se dicit dominum, sed etiam totum fundum, se possidere affirmat, ideo interdicto uti possidetis, sine dubio experiri nō prohibetur, ad hoc ut suam tueatur possessionem. tale. n. interdictum possessorem tuetur. d. l. 1. §. est igitur. Hanc ob causam si à principio cæpit rē uendicare, deinde pœnitentia ductus, ne dominij probandi onere fungi cogatur, quod difficile est. l. cum res & ibi not. C. de proba. interdicto uti possidetis experiri nō est denegandum. & in hoc casu loquitur. d. §. nihil commune. Iul.

Tres hæ regulæ sunt mihi cordi. sed si ita ille. §. intelligatur. obstat. l. ordinarij. C. de rei uend. & l. non est incerti. C. de interdic. ubi quando est, & proprietatis, & possessionis

sionis controuersia, ex ordine iuris, prius, possessionis quæstio decidi oportet, qua decisa de proprietate agendum est. & in d.§. nihil commune, actor prius cæpit rem uendicare. Fab. si bene mi Iuli animaduertes, illæ huic.§. minimè obstant, & ut bene intelligas, ita habeto, Interdictum inter litigatores, puta inter Titium & Sempronium non est proprietatis controuersia, eò quòd dicit se dominium, Sempronius uerò nō ad uersatur, tamen inter eos contenditur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat: hoc casu, Titius potest aduersus Sēpronium agere, eò quòd ille magis possidere affirmat: & postquam Titius cæpit rem uendicare, potest si uult, interdicto uti possidetis, experiri, eò quod ipse etiam se magis possidere asserit. & ita loquitur §. nihil cō-
9 mune. Sed quando † inter litigatores & proprietatis, & possessionis est cōtrouersia, tūc prius interdicto uti possidetis agendum, est ut apparet uter petitor sit, uter possessor, & in hoc casu loquitur. d.l. ordinarij. C. de rei uend. & d.l. incerti. C. de interdic. Iul. quænam est causa huius ordinis? Fab. ea, quòd & ciuilis & naturalis ratio facit ut alius possideat, & alius a possidente petat, ut ex hoc ordine de dominij disceptatione, probationes ab eo, qui de possessione uictus est, exigantur, & ita loquuntur. d.l. ordinarij, & d. l. incerti. & §. retinendæ. Instit. de inter. Iul. ergo dictæ leges locum habent, quando est proprietatis quæstio? Fab. certe, ut patet ex earum lectione. Iul. ergo in. §. nihil commune non erat proprietatis controuersia? Fab. ita est. nam ibi nulla talis controuersiæ fit mentio, nec præsumenda est, cum sit quid facti. arg. l. in bello. §. factæ. ff. de capt. & post reuer.

Iul. ex his quæ dixisti, uideris sentire, in. d. §. nihil commune: posse & petitorio & possessorio agi? Fab. ita prorsus sentio. Iul. si ita sentis, scribentes illico reclama-
10 bunt. aiunt enim † petitorium, & possessorium retinendæ non posse simul concurrere, allegant. d.l. incerti, & l. ordinarij,

Fab. cui parti textus scribentes ita occurrunt? Iul. secundæ. ibi, & ideo. &c.

Fab. & quo nam modo talem obiectionem reijciunt? Iul. tribus, ut reor modis. Primò, dicunt eum, qui prius egit petitorio, succubuisse, deinde possessorio egisse, quod si ita est, non fit concursus, inquiunt ipsi? Fab. subtilis est hæc solutio, quia diuinat: quòd in hisce non est admittendum. item est contra textum, dum ait, cæpit rem uendicare: & sic iudicium erat cæptum, & non finitum, arg. l. ubi cæptum. ff. de iudi. Nec obstat, quod inferius dicitur, qui rem uendicauit, si uendicauit, ergo erat iudicium perfectum. respondetur enim, quod uerbum uendico, idem est, quod approprio, & meum esse dico. Laurent. Val. lib. 5. cap. 306. & est perinde ac si diceret, non uidetur possessioni renunciare, qui rem uendicauit, id est qui dixit, rem esse suam, & nunc id amplius non uult dicere, sed uult mutare actionem, & experiri interdicto uti possidetis. quamobrem illud uerbum uendicauit præteriti perfecti, ostendit perfectam esse petitionem non autem iudicium. Iul. soluunt & aliter. dicunt enim eum qui egit possessorio, expresse renunciasse petitorio. Fab. hoc etiam est diuinare. Iul. Tertio dicunt, eum, qui prius petitorio egit, si deinde possessorio experiatur, uideri tacitè petitorio renunciare. Fab. hæc solutio non est admittenda: est enim contra Vlpianum, ibi dum ait, non uidetur possessioni renunciasse, qui rem uendicauit, & ratio est, quia proprietas nihil commune habet cum possessione? eadem ratione, non uidetur petitorio renunciasse qui uti possidetis interdicto, postea agere cæpit, cum nihil commune habeat possessio cum proprietate, & cur non idem utroque casu dicatur, ratio reddi non potest. arg. l. à Titio. ff. de uerb. obl. Iul. si scribentium solutiones, tibi non satisfaciunt, tu quo nam modo refutas contrarium? Fab. notandum est mi Iuli, quod hoc uerbum concurro, significat, uel simul curro, uel contra curro: & ut Grammatici uolunt, simul currere dicuntur, qui eadem hora, eodemque momento currunt, ut ad deorum templa multi concurrunt. Cōtra currere dicitur, quando unus ad uersus alterū currit ut inquit. Virg. audetq;

uiris cōcurrere uirgo. Neutro modo in.d.§. nihil commune. fit petitorij, & possessorij concursus. non enim actor, puta Titius, agens petitorio, & reus, puta Sempronius agens possessorio concurrunt, hoc est alter contra alterum currunt, hoc est agunt: nec Titius actor agit, & petitorio, & possessorio simul, aduersus Sempronium, ita ut petitorium, & possessorium simul eadem hora, in Sempronium concurrant: sed Titius actor, prius cœpit rem uendicare, postea mutato proposito, pendente in rem actionis iudicio, cœpit uti possidetis interdicto agere, ne probandi dominij onere fungeretur. id quod etiam in interdicto unde ui, fieri licet. l. cum fundum §. fi. ff. de ui & ui arm. & etiam in alijs actionibus id concessum est. l. edita. C. de eden. & ibi scribentes. Non fit igitur in. d. §. nihil commune. petitorij & possessorij concursus. Iul. & mihi, ut ais, prorsus uidetur. & ita iam esse opinior. & si ita est in. d. l. ordinarij & d. l. incerti iuris, ille ordo, ut prius interdicto uti possidetis, quàm in re actione agatur, non est constitutus, ut petitorij, & possessorij concursus euitetur Fab. recte sentis,

11 Iul. quæ fuit † igitur causa talis ordinis? Fab. paulo ante dixeram. Iul. penè mihi excidit, repete summatim, si placet. Fab. faciã, audi igitur attentè. quando ab utraque parte, de proprietate alicuius rei cōtrouersia fit nisi prius exploratum fuerit, uter possideat, non potest petitoria actio institui. §. retinendæ. Instit. de interd. nota illud uerbum, non, potest, quod semouet potentiam ab actu: quia & ciuilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidēte petat, ita ad uerbum, imperator in. d. §. retinendæ. Iul & talis ordo in. d. §. nihil commune, quã obrem nō est seruandus? Fab. quia inter partes, puta Titium, & Sempronium non proprietatis, sed possessionis controuersia erat. propreitas enim erat Titij, quod Sempronius nec affirmabat, nec negabat, sed inter ipsos contendentur, uter possideret; quamobrem quia Titius dicebat se dominum, & & Sempronius se possidere affirmabat, potuit Titius a principio aduersus Semproniũ in rem agere, deinde mutato consilio, actionem mutare licuit, & uti possidetis interdicto experiri. & hoc modo intelligitur ille §. nihil commune.

Iul. hæc ita me capiunt, ut nō audeam aduersari. cuperem tamen abs tè audire, quid sentias de eo, quod secundò opponitur ad tertiam prrtem textus, dum ait Vlpianus,
12 non † uidetur possessionem renunciare, qui rem uendicauit. opponunt eum, ei, qui possider, in rem actionem non competere. d. §. æquè. uers. ei uerò. Instit. de actio. sed in. §. nihil commune, actor utpote Titius possidebat: quòd eò patet, quia habet interdictum uti possidetis quod non competit, nisi ei, qui naturaliter possidet, ut supra dixisti: ergo Titius in rem agere non potest, & tamen agit, ut patet in text. Quamobrem cũ cœperit rem uendicare, uidetur necessariò possessionem renunciare, alioquin petitoria actio institui non posset. d. §. retinendæ. Instit. de interd. & tamen Vlpianus expresse in fi. tex. ait, eum, qui rem uendicare cœpit, non uideri renunciare possessioni. ecce quo modo ex scribentium mente opponitur. Fab. & quomodo ipsi soluunt? Iul. dicunt, quod agens petitorio nesciebat se possidere. possideat enim per seruos, uel filios. si igitur nesciebat, non potest censeri possessioni renunciare: quia iuri, quod quis se habere ignorat, non intelligitur renunciare. l. mater decedens. ff. de inoffic. testa. Fab. ista hæc solutio nequaquam admittenda est: dic quæso, mi Iuli, quomodo ignorat se possidere, si agit uti possi. interdicto? Iul. quia quando cœpit rem uendicare, ignorabat se per filium, uel seruum possidere: postea uero id resciuit, & ideo omissa in rem actione, ne probandi onere fungeretur, uti poss. interdicto egit. Fab. minimè hoc placet: quod enim non est uero simile, nōn est admittendum. sed quòd quis ignoret, quid eius filius quidue seruus agat, uerosimile non est. arg. l. octaui. ff. und. cog. Præterea paterfamilias, uti bonus gubernator, præsumitur scire, quę ab eius familia efficiuntur. arg. d. l. octaui. in fi. & per consequens præsumendum est. eu, qui cœpit rem uendicare, non ignorasse per filium, uel per seruum se possidere. non obstat. l. fin. ff. pro soc. a Bar. allegata, quoniam

quoniam si eam accuratè inspicias, inuenies diuerso in casu, sine dubio, loqui. Praeterea ut dicit Bar. haec solutio, habet nescio quid diuinationis, & rem ideo reijcienda est. Iul. si prima haec satis non facit, accipito secundam. dicunt enim quando actor cœpit rem uendicare, certe non possidebat; sed postea possessionem acquisiuit, idcirco non uidetur possessioni renunciare, eo quod iuri quaerendo, nunquam quis renunciare intelligimur. l. si ita scriptum. §. sub conditione. ff. de leg. 2. dum igitur scribentes dicunt, agentem rei uendicatione censeri possessioni renunciare: id locum habet, si possidebat, dum cœpit rem uendicare. Fab. ista solutio multo magis diuinat, & ideo magis reijcienda. Iul. si nec ista secunda placet, accipito tertiam, quam aiunt esse ueram. Fab. referas ut uideamus, an textui sit consentanea. Iul. dicunt in hoc. §. nihil commune, possessorem egisse rei uendicatione contra simplicem detentationem, pro sola (ut aiunt) tenuta. deinde ratione ciuilis, quae est penes agentem, agit interdicto uti possideris, ne ei ciuilis turbetur, & ita utrunq; simul intentaretur, diuersis tamen respectibus, & hoc casu naturalis restituitur per interdictum uti possidetis. ita glos. quam sequuntur doctores. Fab. quid uolunt, dum aiunt, diuersis respectibus? Iul. hoc inquam. uno respectu: actor, puta Titius agit petitorio, aduersus reum, puta Sempronium, qui rem detinebat, & ideo agit ut sibi restituatur naturalis possessio, seu potius (ut aiunt) tenuta. Deinde alio respectu, agit quoniam ipse possidet ciuiliter. ne igitur turbetur in sua ciuili, agit interdicto possessorio, hoc est interdicto uti possideris. & sic respectu tenutae, quae est penes reum, agit petitorio, respectu uero ciuilis, quae est penes ipsum agit possessorio. Fab. ne progrediare ulterius mi Iuli, propterea quod nec ipsa placet: nam Vlpianus in d. §. nihil commune generaliter locutus est de omni casu, in quo & rei uendicatione, & uti possidetis interdicto agi potest. haec autem tertia solutio. §. illū, ad unum tantum casum contrahit, quod minimè est faciendum. arg. l. 1. ff. de legat. praest. Item interdictum uti possideris, possidenti ciuiliter minimè datur, ut supra demonstratum est. Iul. si glos. & scribentium solutiones, non placent, dicas obsecro, quid de tali oppositione sentias? Fab. parui faciendam esse existimo, quia in casu de quo agitur, locum non habet. Iul. hoc quomodo ostendes? mirum in modum aueo audire. Fab. audi igitur attentè. quan-

13 do † interduos, utputa inter Titium & Sempronium, contenditur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat [& ideo omnis controuersia est de possessione: proprietatis uerò nulla sit controuersia, cum sine dubio sit ipsius Titij] tunc si Titius uelit rei uendicatione aduersus Semprōnium agere, potest utique, quia ipse est dominus, & Sempronius possidet, ut ipsemet affirmat. Iul. & si Titius etiam possidet, ut ipse asserit, quomodo poterit rei uendicatione experiri? d. §. aequè. uers. ei uero qui. Fab. quando quis utpote Titius naturaliter fundum possidet, nec est alter, qui contendat, eundem fundum se possidere, sine dubio Titius ita naturaliter possidēs non habet rei uendicationem, quia sufficit quod quiete possideat. l. 1. §. hoc interdictū ff. uti possidetis. sed quando est alter, utpote Sempronius, qui se magis possidere affirmat, & re uera naturaliter possidet, quia arauit, seminauitue fundum, tunc Titius, ad quem proprietas spectat, potest illum fundum uendicare, ut is sibi expeditus, & sine molestia relinquatur: & hoc casu non est opus, ut censeatur renunciare possessioni, quam ipse habet, cum reus, id est Sempronius affirmet se possidere, & quidem possideat. & in hoc casu non loquitur uersiculus, ei uerò qui. Nihil obstat igitur quin rei uendicatio in hoc casu, locum habeat, cum adsint duo extrema ad id requisita, dominium scilicet apud actorem, possessio uero apud reum: & in hoc casu loquitur. d. §. nihil commune.

Iul. iam, ut dicis, ita esse assentior. sed quae ratio dubitandi poterat, ut is qui cœpit rem uendicare, uideretur renunciare possessioni. lex enim debet esse de re dubitabili l. quod Labeo. ff. de Carb. edict.? Fab. ea inquam

quam, quia quoties duæ actiones, ad unam rem, ut pote fundum concurrunt, si quis unam ex ijs elegerit, alteri renunciare uidetur. l. quod in hærede. §. 1. ff. de tri. act. l. nemo. §. quoties. ff. de reg. iur. sed in casu. §. nihil commune, duæ actiones, id est
14 † petitorium & possessorium concurrere ad eandem rem uidebantur: ergo qui unam elegit, id est petitorium, uidebatur alteri, id est possessorio renunciare. Iul. non intelligo quomodo petitorium, & possessorium, uideantur ad eandem rem concurrere? Fab. dabo operam ut intelligas. meministi quod superius dictum est, proprietatem, & possessionem esse qualitatem appellamus enim qualitatem secundum quam dicimur quales (ut aiunt Dialectici) dulcedo enim sine dubio, est qualitas: & ideo id quod eam habet, dulce nominatur. Eodem modo, qui proprietatem habet, proprietarius: qui possessionem, possessor dicitur. sunt igitur qualitates. Iul. bene memini, sed quid tum? Fab. non te fugit, quod qualitatis esse, hoc est substantiam, est in subiecto esse? non enim potest qualitas existere, quin sit in aliqua re, uti in subiecto. exempli causa, sapor & odor non possunt consistere, si non sunt in re aliqua ut pote in malo aureo eodem modo proprietas, & possessio, uti qualitates, sine re, ueluti fundo non consistit.

Iul. fateor qualitates sine subiecto non consistere, & ideo uelim scire, utrum proprietas, quam appellas qualitatem, sit in persona, an in corpore, hoc est in fundo? Fab. certò scias eam esse in re. Iul. si est in re quamobrem is, qui eam habet, proprietarius appellatur, res enim in qua est qualitas, dicitur talis. is enim in quo est musica, dicitur musicus: in eo igitur, qui appellatur proprietarius, deberet esse proprietas, non autem in re. Fab. non in omni qualitate hoc locum habet. usufructus enim sine controuersia est qualitas, à qua, is qui eam habet, usufructuarius dicitur: & tamen usufructus est in corpore, quo sublato, ipsum tolli necesse est. l. 2. ff. de usufru. Eodem modo is, qui habet proprietatem, appellatur proprietarius: ipsa tamen est in corpore, quo sublato, eam tolli necesse est. nō enim potest esse proprietas, sine re, quæ alicuius propria sit. hoc idem dicendum est de possessione. Iul. satis mihi fecisti, prosequere obsecro. Fab. quemadmodum igitur, si ego petam mihi dari mali aurei saporē, peto & mihi malum aureum dari: & si petā eiusdem mali aurei odorem, idem malum certè peto. sapor enim, & odor à malo separari nequeunt: & ita petitio odoris, & saporis, ad idem corpus tendunt. Ita in proposito, si petam mihi alicuius fundi proprietatem restitui, peto mihi fundū restitui, quia proprietas sine fundo consistere non potest. item, si peto retinere, seu restitui mihi eiusdem fundi naturalem possessionem, sine controuersia peto eundem fundum mihi restitui, cum naturalis possessio sine fundo esse non possit. Quamobrem petitio proprietatis, & possessionis, & consequenter petitorium, & possessorium, uidētur ad eandem rem concurrere, id quod fieri non potest. d. l. nemo. & d. l. quod in hærede. hanc ob causam, si eligo petitorium, uideor possessorio, & consequenter possessioni renunciare. d. l. quod in hærede. Iul. ut dicis uidetur esse.
15 Sed † quamobrem Iureconf. in. d. §. nihil commune contrarium scripsit? Fab. quia rei uendicatio, & interdictum re uera, ad eandem rem minime concurrunt, sed ad diuersa prorsus, & separata tendunt: separata est enim possessio à proprietate. fieri enim potest, ut alter possor sit, sed dominus non: dominus quidem sit, possessor uerò non. sunt igitur hæc separat a. l. 1. §. huius autem ff uti poss. & licet nec proprietas nec possessio possint esse sine subiecto, tamen una separata est ab altera, & alterutra est aliud à subiecto: quemadmodum sapor, & odor, non possunt consistere sine subiecto, tamen alter ab altero longè distat. Possum itaque agere rei uendicatione ad proprietatē: & sic prc. una re possum rursus interdicto experiri pro possessione, & sic pro re altera. non est uerum igitur petitorius, & possessorium ad eandem rem concurrere, sed pro rebus penitus separatis dantur. nam in interdicto possessio in rei uendicatione, proprietas uertitur. l. an eandem. §. si. ff. de excep. re. iud.

re. iud. quamobrem, qui cœpit rem uendicare, non uidetur renunciare possessioni, ut dicit Vlpianus in .d.§. nihil commune. Non obstat dum dicebatur, si peto mihi restitui proprietatem fundi, peto & iam fundum: si peto naturalem possessionem fundi, ipsum etiam fundum peto, cum nec proprietas, nec possessio sine fundo stare queāt. hoc enim, ut dixi, minime obstar, quoniam principaliter peto mihi possessioné & proprietatem, per consequens uerò fundum, cum hæ non possint sine illo consistere. Et considerandum est, quod principaliter agitur non autem id, quod per consequens uenit. l. 1. ff. de aut tut. l. si quis nec causa. ff si cert. peta. & ibi not. Doct. Iul. mirum in modum suprascripta delectant, id circo quo magis te audio, eo audiendi auidior fio, quamobrem si tibi cordi est, uelim ad hunc aliea abs te scire. Fab. pete mi Iuli. nihil enim mihi gratius esse potest quam tibi ita disserendo satisfacere.

Reliqua in hoc. §. desiderantur.



D. VACONII A. VACVNA

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

Liber tertius.

SVMMARIVM.

1 *Argumentum ab uno ex coniugatis ualet.*
2 *Omne quod est aut genus, aut species, aut indiuiduum est.*
3 *Creditor simpliciter accipitur uti genus. & ita debitor.*
4 *Et in 4. species diuiduntur.*
5 *Creditor ex maleficio uel quasi est propria creditor.*
6 *Non omnis creditor sequitur fidem alienam.*
7 *Legatarius est proprie creditor.*
8 *Creditor conditionalis est proprie creditor. & ita de debitore.*
9 *Non omnis debitor cogitur soluere. & idem de creditore.*

XLV. DECLARATIO, an is, cui debetur ex delicto, uel sub conditione, sit propriè creditor.



SOLENT à scribētibus moueri duæ quæstiunculæ, in.l.1. ff.si cert.pet. Prima est, an is cui debetur ex delicto, uel legato, dicatur propriè creditor. Secunda, an is cui debetur sub conditione, dicatur etiam propriè creditor.
Circa primam, quod non dicatur propriè creditor, ita licet argumentari. credere, &
1 creditor sunt nomina coniugata, & ab† uno ex coniugatis ualet argumentum: sed credere, dicimur, cum alicui rei assentimus, alienam fidem secuti, mox quid recepturi: ergo tunc dicimur creditores, cum sequimur alienam fidem, mox aliquid recepturi: sed quando quis puta Titius, subtrahit ut puta Fabio rem aliquam, Fabius non assentit. nec sequitur fidem illius, imo eo inuito id fit.l.1. §.fi.ff.de fur. & sic non est creditor. pro hoc est tex. in.l.si cui.ff.de uerbo.sign.ubi is, cui ex delicto debetur, creditoris loco accipitur. si creditoris loco, ergo non est propriè creditor. aliud enim est merces, aliud loco mercedis.l.si merces.ff.de uerbo.sign. Item is, cui factum est legatum, nec defuncti, nec hæredis fidem sequitur non est igitur propriè creditor. Communis scribentium opinio est, hos non dici propriè creditores, nisi communis usus loquendi aliter se haberet. Circa secundum doct. ferè omnes dicunt, eum cui sub conditione debetur, non esse pro-

propriè creditorem, nec ex communi quidem loquendi usu. si enim is debitor est, a quo inuito exigi potest. l. debitor. ff. de uerbor. sign. ergo & creditor is est, qui ab inuito exigere potest. eadem enim est natura correlatiuorum. Bal. in Aut. ex causa 8. col. uer. concludo ergo. C. de libe. præter. sed ab eo, qui sub conditione debet, non potest, eo inuito exigi: ergo nec is cui debetur, est propriè creditor. Præterea, creditor sub conditione, non dicitur simpliciter creditor, sed cum illo adiuncto conditionalis: ergo non est, proprie creditor. ita dicit Ias. in. d. l. 1. in ult. col. ff. si cert. petat. Ego uero in neutra quæstiuncula, huiusmodi Doct. opinioni assentior, & ut ipsa ueritas appareat, ita dicito: hæc appellatio
2 † creditor, aut est indiuiduum, aut species aut genus, aliud esse non potest. nam quicquid est, aliquid horum est. si dices esse indiuiduum, ergo alicuius speciei indiuiduum est. indiuidua enim sunt, quæ sub aliqua specie continentur, & in aliam speciem nõ diuiduntur, ut puta Titius & Seius, & hic homo, & hic equus, & sic reperitur creditor in specie. si creditor est species, alicuius generis species est, non enim potest esse species, quin sit genus cui subiecta sit, quo fit, ut creditor in genere etiam reperiatur: & per huiusmodi inductionem dicendum est,
3 † creditorem simpliciter accipi uti genus. quod autem sit creditor uti genus, ostendit tex. in. l. creditorum. ff. de uerbo. sign. ubi Caius, in hæc uerba ait. creditorum appellatione, non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderint, sed omnes quibus ex aliqua causa debetur. sine controuersia igitur ibi accipiendum est, creditor uti genus. Eodem modo, debitor uti genus accipi debet, cum sint correlatiua. nam quot modis dicitur unum ex correlatiuis, tot modis dicitur & aliud: cum correlatiuorum sit eadem dispositio. l. si quis seruo. & ibi per gl. & doct. C. de fur. exempli causa, est filius naturalis tantum: ergo & pater naturalis tantum. item est filius legitimus tantum, ut adoptiuus: ita & pater. item est filius legitimus & naturalis: ita & pater. Simili modo dicendum est, de debitore & creditore, ut quot modis propriè dicitur unum,
4 tot & aliud. Aristo. 5. Ethic. sed † debitor, uti genus, diuiditur in quatuor species. nã aliud est debitor ex contractu, uel quasi: aliud ex maleficio, uel quasi. in tot enim species diuiditur obligatio, uti genus. §. fi. Insti. de oblig. ergo in tot debitor uti genus. ubi enim est obligatio, ibi & debitor. si igitur debitor, in quatuor diuiditur species ut dictum est, ergo & creditor. Erit igitur una species creditorum, ex contractu. altera ex quasi. Tertia ex maleficio. Quarta ex quasi. & unaquæque species propriè est creditor. nam genus propriè inest cuilibet speciei. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de lega. 3. animal enim uti genus inest propriè & elephanti, & homini, & muscæ. nam posita specie, ponitur & genus d. §. inter emptum. quemadmodum enim licet ita argumentari, est Elephas, ergo & animal. & est homo, ergo est animal. ita est musca, ergo est animal. & quemadmodum homo, & Elephas, est propriè animal, ita & musca est propriè animal, cum sit species animalis, sicut Elephas & homo. Cũ igitur, creditor ex contractu, uel quasi, & creditor ex maleficio, uel quasi, sint species creditoris uti in genere sumpti, sequitur ut creditor uti genus insit cuilibet speciei. d. §. inter emptum. si inest prout inest, iure licet ita argumentari: est creditor ex contractu, & sic in specie, ergo est propriè creditor: quemadmodum est homo in specie, ergo est propriè creditor: quemadmodum est homo in specie, ergo est propriè
5 animal. item, est † creditor ex maleficio, uel quasi, uti in specie, ergo est propriè creditor: quemadmodum ualet, est musca in specie, ergo est propriè animal. & si in hoc mihi non assentiris consule Dialecticos. Et ex supradictis patet, eum cui ex delicto quid debetur, esse creditorem in specie, & esse proprie creditorem. nam creditor est cui ex aliqua causa debetur. d. l. creditorũ. Et quemadmodum, negari non potest, eum qui ex delicto debet, propriè esse debitorem, cum sit obligatus. Instit. de obligat. quæ ex delict. nas. ita & negari non potest, eum cui ex delicto debetur, non esse propriè creditorem: cum sunt correlatiua, & species sit creditor. Non obstat id., dum

Q dice-

dicebatur, is dicitur creditor, qui alienam fidem sequitur, ut d.l. 1. sed is cui ex delicto debetur, non sequitur fidem alienam, ergo non est creditor. nam ex supradictis patet
6 responsio. is † enim qui sequitur fidem alienam, est creditor ex contractu, & sic est una species. is uerò, qui non sequitur fidē, sed aliquid ei debetur ex maleficio, non est in ea specie, sed est in altera specie. sed ex una specie ad alteram non licet argumentari: nam quemadmodum non sequitur, hoc non est animal rationale, ergo non est propriè animal, quia potest esse animal irrationale, & erit propriè animal. ita non ualet, hic non sequitur fidem alienam, ergo non est propriè creditor. est enim creditor in alia specie cui aliquid debetur puta ex maleficio: sufficit enim ad hoc ut sit creditor in specie, aliquid ei deberi. Differt igitur is, cui debetur ex maleficio, ab eo cui debetur ex contractu, hac specifica differentia, quod is cui debetur ex contractu, sequitur fidem alienam, ille uerò minime: & ita differt equus ab homine, quia homo est animal rationale, equus uerò non.

Non obstat text. in d.l. si cui. ibi, creditoris loco. nam illa uerba exprimunt ueritatem, ut Alexand. hic dicit. & in simili not. Bar. in l. si quis pro emptore. ff. de usucapio. q. 3. & probatur in d.l. creditoris. ibi, quod si natura tantum debeatur, non sunt loco creditorum. ergo si non debetur natura tantū, sunt loco creditorum hi. de quibus supra, & tamen hi de quibus supra, sunt propriè creditores, cum tex. dicat, creditores accipiendos esse quibus debetur ex quacunq; causa: ergo illa dictio, loco, exprimit ueritatem. & sic non obstat tex. in d.l. si cui.

Et quod dictū de est eo, cui debetur ex deli
7 cto, ita per oia dicēdū est de † eo cui debetur ex legato: nā hæres adeundo hæreditatem, obligatur ex quasi contractu, & est debitor legatarii. §. hæres. de oblig. quæ ex quasi con. nas. Instit. si igitur hæres est debitor ex quasi contractu, ergo & legatarius est creditor ex quasi contractu: cum sint correlatiua, quorum ea est natura, ut posito uno, ponatur & aliud. l. 1. C. de indic. uid. tollen. & ibi not. huiusmodi igitur creditor, est una creditorum species, hoc est ex quasi contractu. cui necessariò inest creditor, uti genus. d. §. inter emptum. & supra demonstratum est. & quemadmodum homo in specie, est propriè animal, ut dictum est: ita huiusmodi creditor ex quasi contractu, hoc est legatarius, est propriè creditor.

Circa secundam quæstiunculam, in qua
8 quærebatur, an † creditor conditionalis, sit propriè creditor? dicas illum esse proprie creditorem. Pro quo sciendum est, quando differentia adiungitur generi, constituitur species. exempli causa, animal est genus, si illi addatur huiusmodi differentia rationale, fit una species animalis, quæ dicitur animal rationale: & si eidem animali, ut generi addatur altera differentia irrationale, constituitur altera species quod dicitur animal irrationale, & de utraque specie dicitur, seu prædicatur propriè animal: exempli causa, hoc est animal rationale, ergo proprie est animal. item hoc est animal irrationale, ergo proprie est animal. Ita in causa proposita, sumatur debitor uti genus, cui addatur hæc differentia purè, & fiet una species, & dicetur debitor purè. purè enim est debitor, quando cessit, & uenit dies. l. cedere diem. ff. de uerb. sign. & ab huiusmodi debitore, potest eo inuito exigi. Item si addatur illi generi, alia differentia, hoc est in diem, constituitur alia species, diceturq; debitor in diem. Item si addatur hæc differentia sub conditione, fit alia species & uocatur debitor conditionalis. & de una quaq; harum specierum, propriè dicitur debitor, uti genus, ut dictum est de animali. licet enim hoc modo argumentari, est debitor purè, ergo propriè est debitor: quemadmodum est animal rationale, ergo propriè est animal. itē est debitor conditionalis, ergo propriè est debitor: sicut est animal irrationale, ergo proprie est animal genus. n. unicuiq; suæ speciei proprie inest, nec minus proprie musca est animal, quam homo, ut supradictum est. Et hæc quæ dicta sunt de debitore, procedunt etiam in creditore. sunt enim correlatiua, quorum natura est, ut quicquid dicitur de uno, ut est correlatiuum, dicatur de alio. l. si. C. de indi. uid. tollen. & Aristo. 5. Ethic. Erit itaque creditor, ut genus, cui si addatur hæc differentia

ferentia purè, erit creditor purè: si eidem accedat hæc differentia in diem, erit creditor in diem: & si hæc differentia conditionalis addatur, dicetur propriè creditor. ualet enim, est creditor conditionalis, ergo est proprie creditor. sicuti si dicas, est animal rationale, ergo proprie est animal: iaest enim genus unicuique suæ speciei, ut supra dictum est. Quod autem hoc sit uerum, aperte ostendit Vlpianus in. l. creditores. ff. de uer. sig. ubi postquã dixit, creditores esse eos, quibus debetur ex quacunque actione &c. subiunxit species, inquiens. siue pure, siue in diem, siue sub conditione. prius igitur posuit creditores uti genus, deinde subdit eius species, quarum unicuique proprie inest suum genus, ut dictum est. nec ibi apparet magis proprie dici creditorem pure, quam conditionalem, imo utrunque proprie dici constat, ut ex supradictis patet.

Non obstat id quod a scribentibus obiicitur. inquiunt enim, † eum proprie esse debitorem, a quo inuito exigi potest, & consequenter eum propriè esse creditorem, qui ab inuito exigere potest. hoc. n. est recipiendũ in eo qui pure debet, & cui pure debetur. est. n. una spẽs debitoris, & creditoris, quæ dicitur pura, de qua propriè dicitur debitor, & creditor uti genus. non tamen sequitur, si creditor pure dicitur proprie creditor, ergo creditor conditionalis nõ est propriè creditor, non enim licet ab una specie ad aliam argumentari. diuersæ enim differentiæ faciunt eas esse diuersas, & ex diuersis non fit illatio. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de uerbo. obliga. hoc enim dicere, esset perinde ac si diceres, animal rationale est proprie animal, ergo animal irrationale non est propriè animal, id quod si diceres, falsum profecto diceres. Nec obstat quod creditor conditionalis, non dicitur creditor simpliciter, sed cum illo adiuncto conditionalis, ergo non est proprie creditor. qui enim ita argumentantur, a uero longe aberrant, nam & animal rationale, non dicitur simpliciter animal, sed cum hoc adiuncto rationale, ergo secundum eos, non esset proprie animal, quod si hoc reciperent, nihil absurdius recipi posset, uere & proprie animal rationale, est animal, cum sit una animalis species. ita uere & propriè creditor conditionalis, est creditor, cum sit species creditoris in genere sumpti.

Ex supradictis collige has conclusiones. Is cui ex delicto debetur, proprie est creditor. Item is, cui legatum debetur, proprie est creditor. Item creditor conditionalis, est proprie creditor. Ex quibus conclusionibus facile dici potest, statutum loquens de creditore, habere locum in eo cui debetur ex delicto, & in creditore conditionali, cum uterque ut supra demonstratum est, sit proprie creditor.

Summarium

1 *Rebus utilibus alias utimur cum earum interitu alias non.*
2 *Verbum, consistere, & constare, quid significent.*
3 *Ire in creditum, quid significet.*
4 *Verbum fungor, quid significet.*
5 *§. Mutui datio declaratur. Et communis interpretatio reycitur. nu. 2.*
6 *Mutuum in pane & carne an consistat.*
7 *Et quid in lignis, paleis fenoq;. uel ouis, gallinis, & pecudibus numero 8.*
9 *Et quid in tegulis, uel panno. & nu. 10.*
12 *Si reddis mihi numos eosdem quos mutuaui, non est mutuum.*
13 *§. 1. Instit. quib. mo. re contr. oblig. declaratur.*

XLVI. DECLARATIO
§. mutui datio. l 2. ff. si cer. pet.

1 PRo uera huius. §. interpretatione sciẽre oportet, † rerum utilium alias esse, quibus uti possumus sine earum interitu, substantiæq; corruptione, ut est equus, bos, domus, ensis, & eiusmodi, Alias quibus minime uti possumus, quin earum intereat, ac destruatur substantia, ut est oleũ, uinum, frumentum, panis, caro, legumina, & ea quæ sunt his similia. In illis primis consistit comodatum, quoniam in eis possumus amicis accomodare, qui postquam illis usi fuerint tenentur easdem res in indiuiduo prorsus restituere, quia illæ usu non intereunt, appellaturq; comodatum, quasi ad certum tempus, certumque usum, comodo

modo datum : propterea quod usus earum amicorum est, substantia uerò eius est qui accomodauit. In secundis autem rebus, mutuum consistit : ita appellatum, quasi ex meo fiat tuum : non enim possum illis, ita tibi accomodare, ut earum substantia sit mea, usus uero tuus. usus enim in hisce à substantia separari minime potest, imò una cũ ipso usu interit, corrumpiturque substantia: cuius loco remanet, apud mutuo dantem, pondus, numerus & mensura, si enim do tibi mutuo decem uini amphoras, uinum fit tuum: apud me uero pro substantia ipsius uini, remanet dũtaxat mensura: ut dici solet in usu fructu: usufructus enim rerum, quæ usu non consumuntur, efficitur usufructuarij: substantia uerò est ipsius domini. At usufructus rerum, quæ usu consumuntur, una cum earum substantia, in usufructuarium transfertur, ille tamen dat cautionem quæ pro substantia apud constituentem habetur, in.l.1.ff. de usufru.ea.rer. ita, & in mutuo dici oportet: sunt enim in hoc similia. de similibus uero, idem est iudicium, ut philosophi aiunt.

2 Item scire debemus, † uerbis hisce constare, consistere, ipsam rei substantiam significari substantia enim ex materia, & forma consistit. hinc dici solet domum ex solo tecto, parieteque constare. l.eum qui ædes.ff.de usucap.ibi, corporibus ex quibus ædes constãt. & hominem ex anima, & corpore constare dicimus. In simili igitur, dicendum est frumentum, uinum, oleum, & huiusmodi, pondere numero, mensurauè consistere: hoc est suum esse, suamque substantiam habere, quo ad mutuum. & ut dixi de similibus enim idem est iudicium. Sed licet quispiam pondus, numerus, ac mensura, & possint his rebus adesse, ab eisdemque abesse, ipsæ tamen integræ seruantur. sunt igitur accidentalia, non autem substantialia.

Sed huic hæsitationi ita occurritur, potest inquam aliquid uno modo dici substantiale cuiuspiam rei, alio autem non: id quod eo demonstratur exemplo. si enim ignis per se simpliciter consideretur, caliditas non est quid substantiæ in ipso: at si consideretur ignis, ut est actiuus, caliditas profectò est in eo quid substantiale, cum ignis non possit, nisi mediante caliditate, agere, hoc ita esse nec philosophi negant, Idem in his rebus, dicendum est, si enim frumentum, uinum, oleum, & similia, per se simpliciter considerentur, pondus, numerus, mensurave non sunt eorum substantialia: at si considerentur, ut mutuo apta dicuntur, tunc pondus, numerus, ac mensura, substantialia dicenda sunt, propterea quod eæ res sine illis dari mutuo minime possunt, sicut nec ignis sine calore agere: id autem sine quo, res agere non potest, substantiale dicendum quis neget. Item non est omittendum,

3 † nil aliud esse in creditum ire, quam effici creditorem, qui enim in creditum it, credit cuipiam aliquid, est igitur creditor. l.creditores.ff. de uerb. sign. interdum tamen credimus rem, quæ usu non consumitur: remanet enim integra post usum, & tunc dicimur ire in creditum, per speciem, hoc est, per eandem rem, eadem enim res omnino restituenda est. Interdum credimus cuipiam rem quæ ipso usu interit, & tunc non possumus, in creditum ire per speciem, hoc est per eandem rem, propterea quòd eadem res minimè restitui potest, eundem est igitur in creditum per solutionem, hoc est per translationem dominij illius rei creditæ, quæ usu consumpta reddi non potest. reddenda est igitur res alia eiusdem generis, eiusdemque qualitatis, ac bonitatis, & ita eadem reddita dicetur, cum duo indiuidua, ut philosophi aiunt, in genere seu specie eadem dicantur. Scire præterea oportet,

4 † hoc uerbum fungor, fungeris, significare, etiam idem quod finio. Virg. tandem magnis pelagi defunctæ periculis. hinc mortui appellantur defuncti. fiunt hanc ob causam crebro ab ecclesia orationes pro defunctis, id est mortuis. l.diem functo.ff. de offi. asses. à fungor, autem functo, functionis, ducitur, quæ finẽ seu interitum significat.

His itaque præmissis, aperienda est noua huius.§. declaratio, id quod facilius per interrogationem efficietur. & primum scire oportet, omne quod est, ob hoc ipsum esse, habet suam formam suumque esse, forma enim dat esse rei, ut philosophi asserunt &.l. Iulianus.ff.ad exhiben. sed mutuum est habet igitur suam formam suamque esse.

5 Quæro itaque ubi † mutuum habet suum esse, in

se, in mente ne? ut chimera, an in rebus? respondet Iureconsul. inquiens, mutui datio consistit, hoc est suum esse habet in rebus. Rursus quaero, quibus in rebus? respondet in his rebus, quae pondere, numero, mensuraue, consistunt. consistunt inquã, hoc est suum esse habent, quo ad mutuum, quippe cum mutuum sine his non queat fieri. Quaero quae sunt res, quae in pondere, numero & mensura habent suum esse? respondet eae, quibus uti non possumus, quin intereant & consumentur: quibus consumptis, earum esse, ac substantia dicitur in pondere, numero, & mensura remanere, ut supra demonstratum est. Quaero iterum, quamobrem mutuum consistit in his rebus magis quam in alijs? respondet Iureconsul. quoniam earum datione, possumus in creditum ire. hic facias punctum, quae uocatur subdistinctio: pendet enim sensus. deinde accipias illa uerba per solutionem, magis quam per speciem. ut igitur sit perfecta, & continuata oratio, ita legito, quoniam earum datione possumus in creditum ire, per solutionem magis quam per speciem: hoc est in his rebus quae usu intereunt, possumus in creditum ire, per solutionem, id est per translationem dominij rei creditae, & non per eandem rem. illud aduerbium magis, ponitur electiuè, quod uec doctores negant. Quaero iterum qua de re in rebus, quae pondere, numero, & mensura consistunt, non possumus in creditum ire per speciem, id est per eandem rem? respondet Iureconsult. inquiens. quia in genere suo functionem recipiunt. hoc est unaquaeque ex his rebus recipit functionem, id est finem & interitum, in genere suo: hoc est uinum bibendo, frumentum, oleumque comedendo consumitur ac penitus interit, ut supra declaratum est. non possumus itaque in creditum ire, hisce in rebus per speciem, hoc est per eandem rem: cum illa eadem res mutuo data restitui nequeat, cum usu omnino interierit.

Ex supradictis ueram facilemque huius. §. declarationem nemo non perspicit. plures ex noua hac declaratione quaestiunculae
6 facile solui possunt prima est † an in pane, in carne, possit mutuum consistere? respondeo, si pro usu uictus mei egeo pane, seu carne, & tu mihi in decem libris panis seu carnis accommodes, ita ut ijs comedendo utar, erit profecto mutuum. ille enim panis, illaque caro comedendo consumpta, eadem numero restitui non potest. erit igitur mutuũ
7 sicut in oleo & uino. Secunda, † an in lignis, paleis, fœnoque possit esse mutuum? responde, si ea pondere, ita accommodantur, ut usu ab accipiente consumantur, tur non sit mutuum, ut in oleo & uino, ratio reddi non potest arg. l. decem. ff. de uerborum oblig. Tertia, † quid in ouis, gallinis,
8 ueruecibus, caeterisque pecudibus? responde si haec numero, ita amico quispiam accommodaris, ut suo arbitratu seu comedendo, seu macellis uendendo eis utatur, id esse mutuum negari non potest, cum usu consumantur, nec eadem numero reddi possint: sunt igitur haec, frumento, uino, oleoque in hoc similia: de similibus uerò idem est iudicium, ut philosophi aiunt, & arg. à simili ualet, quando adest similitudo in ea materia de qua agitur, not. in. l. ut memini. C. de colla. & ibi Ias. nu. j. Quarta erit quae-
9 stio, † quid si dem tibi certum tegularum numerum, ita ut illis integenda domo utaris, an sit mutuum? responde nihil esse, quin sit mutuũ: & licet earũ substantia, usu statim nõ intereat, quẽadmodũ in oleo & uino interit, habetur tamẽ perinde ac si interijsset, cũ eaedẽ non restituãtur numero, ut de pecunia dici solet, cuius substãtia expẽdẽdo non interit. est tamen in ea mutuũ, propterea q
10 eadẽ numero reddi nõ solet. Quinta † si do tibi certã pãni mensurã, ita ut ex eo tõficias uestẽ, an sit mutuũ? responde etiã, facta. n. ex eo ueste, forma panni corrupta est. corrupta forma, effectus perit. ut philosophi asserũt & l. Iulianus. ff. ad exhibẽ. mutata itaq; forma nec illa eadem res, nec eius nomen remanet non potest itaque restitui eadem res. erit igitur mutuum in panno, ut in uino, oleo, cum eadem sit ratio. l. à Titio. ff. de uerb. oblig.
11 Doctores non parum in † declarãdo hoc textu laborant, cũ in textu dicitur, quoniã earũ datione, possumus in creditũ ire, dicũt enim hanc rationem non esse ueram, propterea quòd est eadem cum dicto, cum ab eo differre debeat, ut not. in. l. si. ff. de offi. procu.

procu. cæſa. At ſi ita, ut ſupradictum eſt intelligatur, uera & differens à dicto erit ratio. Notato in textu ibi, functionem recipiunt. quæ uerba ut aiunt doctores, hoc ſibi uolunt, uidelicet frumentum, uinum oleum aliaque huiuſmodi, tantam inuicem habere ſimilitudinem uidentur, ut una alterius uice omnino fungatur, tum quo ad utilitatem, tum etiam quo ad affectionem. quæ expoſitio ſi uera eſſet, ſequeretur mutuum poſſe etiam conſiſtere in calcaribus, cultris, gladiis, cæteriſque armis, itide & in ueſtibus ab eodem artifice, ex eadem materia, eadem forma, eademq; bonitate confectis. his enim ita confectis, eandem qualitatem, eandemque utilitatem ineſſe facile perſpicitur. ſunt igitur ſimilia, quamobrem alterum alterius uice fungi poteſt. nihil itaque obſtaret ex doctorum ſententia quin & in his poſſet mutuum conſiſtere. Quod etiam eorum ſententia falſum eſt. tales enim res percepto uſu, remanent omnino integræ, & ita illæ eædem reſtitui poſſunt, non eſt igitur in eis mutuum, in mutuo enim non eadem res, ſed alia eiuſdem naturæ, & qualitatis reddenda eſt. Sequuntur deinceps uerba illa, per ſolutionem, magis quam per ſpeciem. quæ ab ipſis ita interpretantur, per ſolutionem inquiunt. i. per dationem alterius rei, ab ea quæ mutuo data eſt, & non per eandem rem datam. ſoluitur enim (ut aiunt) res non data, reſtituitur eadem. Eſt itaque integra eorum interpretatio hæc, Mutuum conſiſtit in rebus, quæ pondere, numero, menſura ue conſiſtunt, quia in genere ſuo recipiunt functionem, hoc eſt ſecundum eos, quia inter ſe omnimodam habent ſimilitudinem eandemque præſtant utilitatem. per ſolutionem, ideſt per dationem alterius rei non datæ, magis quam per ſpeciem, hoc eſt magis quam per eandem rem datam. Quæ expoſitio quam ſit & a uerbis, & a uero aliena ex his quæ dicta ſunt, neminem exiſtimo non intelligere, quo nam modo audent dicere, aliam rem, utilitatem, ſimilitudinem uicemque præſtare illius rei mutuo datæ, magis quam illam eandem rem mutuo datam. omittenda eſt igitur communis interpretatio, & ſuperior illa ſimplex, uera, uerbisque conſentanea amplectenda.

Suboritur alia quæſtiuncula, quæ talis
12 † ē dedi mutuo tibi aliquot numos, tu mini me illis indigens, eoſdem mihi haud inuito reſtituere uelis, dubitatum eſt, an ſit mutuum? Gloſ. in. l. 2. in prin. huic quæſtioni occurrens, aſſerit eſſe mutuum: id quod probari affirmat. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig. ibi, & quandoque nobis non eadem res. &c. Contra. d. gloſ. uidetur tex. in. d. l. 2. in prin. ff. eod. Pro huius quæſtionis ueritate ſcire oportet, formam ſubſtantialem cuiuſque rei id eſſe, quo res ipſa conſiſtit, & à quo nomen ipſius rei appellatiuum ducitur. ita Bar. in tracta. de alueo. §. quòd ſi. & philoſophi hoc idem aſſerunt. Scire etiam debemus, mutata priori forma rei, aliaque adueniente, non eſſe amplius rem illam, nec priori nomine appellari. Bart. in d. §. quod ſi. & l. Iulianus. ff. ad exhiben. remanet tamen materia in aliam rem aliudq; nomen tranſlata. exempli cauſa, ſi ex argento figura equi facta ſit, eamq; tibi commodauero, tu deinde ex eodem argento deſtructa equi figura hominis figuram efficias eamq; mihi reddere uelis, non diceris profecto reddere eandem rem tibi commodatam. mutata enim equi forma ſeu figura, non eſt nec dicitur amplius equus argenteus. ita Bar. in. d. §. quod ſi. Sciendum eſt præterea formam rei incorporalis, ueluti contractus, obligationis, actioniſue eſſe rei ipſius naturam, quam figura eiuſdem rei demonſtrat. ita Bar. in. d. §. quod ſi. forma. n. cuiuſq; rei eſt perfectio ac natura ipſius rei. Ariſt. 1. Polit.

Nunc proſpiciendum eſt. quæ nam ſit figura ac natura hoc eſt forma ipſius mutui? reſponde, figuram naturamque mutui eſſe, ut dans mutuum non recipiat eandem rem l. 2. in prin. ff. ſi cert. peta. ibi enim dicitur mutuum damus, recepturi non eandem ſpeciem. ſi igitur eandem recipiamus mutabitur figura & natura mutui: nec remanebit eadem ſpecies contractus: nec eodem appellabitur nomine. reddita igitur eadem re, nec eſt nec appellandum eſt mutuum, materia tamen remanet, tranſibitque in alterius contractus figuram atque naturam, dicetur itaque commodatum aut depoſitum

d. l. 2. ex

d.l.2.ex supradictis satis constat, hanc conclusionem esse ueram uidelicet si raddatur eadem res, non est mutuum. Non obstat
13 † tex. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. uerus enim illius literæ intellectus adhuc latet: noua igitur declaratione opus est, qua ueritas aperietur, atque ita non obstabit. nam dicit ibi imperator, mutui obligationē in ijs rebus consistere, quæ pondere, numero, mensuraue consistunt: quæ uerba quomodo intelligenda sint, supra iam demōstratum est. Deinde ponit res, in quibus mutuū consistit, inquiens, ueluti uino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro. subdit deinceps, quas res aut numerando, aut appendendo, aut metiendo, in hoc damus ut accipientium fiant. Hæc descriptio innuit donationem. Nam cum aliquis gratis dat quicquam ea mente, ut statim uelit id accipientis fieri, est donatio.l.1. in prin. ff. de don. hanc ob causam imperator, ut excluderet donationem, subiunxit, & quandoque, hoc est aliquo tempore. hoc enim significat hoc aduerbium, quandoque, ut grammatici asserunt. Accipias deinde, illud uerbum reddantur, & iungas cum illo aduerbio quandoque, & ita construito: & quandoque reddantur nobis, & sic non erit donatio: tunc enim est donatio, quando quis ita dat rem, ut nullo casu eam uelit ad se reuerti. d.l.1. in prin. & quoniam tradere alicui rem ut aliquo tempore eadem reddatur, posset hoc commodato, uel deposito conuenire, hanc ob causam addidit imperator, nō eędē res seu aliæ eiusdem naturæ & qualitatis. Erit igitur perfecta oratio, perfectaque structura hæc, quas res in hoc damus, ut accipientium fiant: & quandoque reddantur nobis, non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ & qualitatis: & si ita constraamus, ut construi oportet ille tex. omnino probat, non posse reddi eandem rem, si uelimus esse mutuum. atsi illud aduerbium quandoque, pro interdum capiatur, ut glos. & eam sequentes, capiunt, sequeretur, & non bene, posse easdem res, in mutuo regulariter reddi, si enim interdum non redduntur eædem, consequens est, ut regulariter reddantur eædē. exceptio enim oportet, ut sij ex regula.l.1. ff. de reg. iur. & ibi not. Bar. in.l. si eum.§. qui iniuriarum.ff.si quis caut, quo nihil deterius dici posset. Nostra igitur declaratio uera uidetur & est, quam si amicè accuratèque considerabis, spero te minimè eam spreturum.

Summarium

1 *Genus non potest a suis Indiuiduis separari.*
2 *Species a philosophis quæ.*
3 *Operari, facere, & agere, quid sint*
4 *Petitio, est actio.*
5 *Actio in personam, & condictio, re & substantia sunt idem.*
6 *Conditionis species, alia certi, alia incerti.*
7 *Conditio certi, plures sunt species, pro ut plures specifica differentiæ adueniunt.*
8 *Differentiæ specificæ quæ sunt.*
9 *Certi condictio generalis non competit ex omnibus contractibus.*
10 *Nec est natura.*
11 *Certi condictio generalis ex mutuo non nascit.*
12 *Facta sunt Incerta. Imo facienda & nu.14.*
13 *Actu & potentia esse. quid dicatur.*
15 *In certi condictio competat exemplo.*
16 *An certi condictio generalis possit cum actione de Dolo concurrere.*
17 *Certi condictio, quare fuit introducta.*

XLVII. DECLARATIO in.l.certi conditio.ff.si cert.peta.

Interlocutores

Fabius, & Iulius

FAb. quid est mi Iuli, quod ita solus deambulo? Iul. te ipsum expectabam: præsagiebat enim mihi animus te huc uenturum. Fab. quid est quod me uelis? Iul. hoc mane uidi.l. certi condictio.ff. si cert.pet. & inueni interpretes in duas acie distinctos inter se acerrimè pugnantes. alij enim dicunt, ex mutuo duas nasci certi condictiones, uidelicet specialem unam, alteram generalem. alij uero asserunt, ex mutuo duntaxat oriri generalem, eandemque aiunt competere ex omni contractu, ex quo certum petitur. Fab. & tu mi Iul. quid centis? Iul. anceps sum, & cui parti adhæream nescio, idcirco tuam maximoperè sententiam

tiam desidero, quamobrem si non est tibi molestiæ, explica mihi materiam hanc. Fab. morem tibi geram, sed quia de certi condictione generali, sermo habendus est, prius quærendum est, an genus & species re ipsa subsistant, a rebus corporalibus separata, an in rebus corporalibus consistant, ita ut ab eis separari non possint.

1 Pro comperto itaque mi Iuli habeto † genus non posse a suis indiuiduis ullo pacto separari. nam neque genus, nisi in suis speciebus, neque species, nisi in suis indiuiduis subsistit: ex singularibus enim uniuersalia existunt. 6. Ethic. sublatis enim omnibus particularibus, necessario tollitur eorũ species, & consequenter genus, ita aiunt Dialectici: & Aristo. in prædicta, ait, non existentibus primis substantijs, impossibile est aliorum aliquid esse, scilicet uniuersalium. & not. in. l. si quid. § inter emptum. ff. de leg. 3. Iul. ergo homo, ut species per se, nihil est? Fab. nihil profecto ex Aristotelis sententia, sed solum in mente intelligitur. Iul. si fieri potest, uelim ut clarius ista hæc aperias? Fab. in obscuris opus est, ut manifesta adhibeamus testimonia, ut ait Aristo. 2. Ethic. exemplo itaque utendum est. Linea, licet re ipsa, à corpore separari non possit [nam id quod habet, hoc est suum esse, corpori debet] potest tamen sine aliquo corpore, mente considerari. non ne ita est? Iul. certè, & nunc experior. Fab. & tamen talis linea ita intellectu concepta atque cogitata, nullibus re ipsa sine corpore inuenitur. Ita homo, ut species, licet non possit à particularibus hominibus separari, potest tamen intellectu concipi, atque cogitari. Iul. qui fieri id potest? Fab. hoc inquam modo: prius enim sensus exterior, puta uisus, uidens hominem particularem, ex eo coloratam quandam similitudinem percipit, eamque ad communem sensum defert. deinde phantasia, illam à sensu communi accipiens retinet, conseruatque. adeo quod in phantasia Petri, sunt tot hominum similitudines,
2 quot homines ipse uidit. Deinde, † intellectus agens inspiciens tot hominum similitudinem, abstrahit ex illis similitudinem quãdam immaterialem, quam speciem appellant. Hæc autem abstractio, re ipsa fieri minime potest, quia species nusquam sine indiuiduis consistit: semper enim cum ipsis in diuiduis, hoc est, cum ipsis particularibus cõiuncta est. potest tamen intellectus, hominem apprehendere, non apprehenso nec Petro, nec Francisco, nec alio quopiam. nam quemadmodum color in pomo disiungi à sapore non potest, uisus tamen potest colorem apprehendere, non apprehenso sapore. Hæc igitur hominis similitudo, ab intellectu ita apprehensa, atque cogitata à philosophis species appellatur. quæ nil aliud est, quam similitudo quædam à singulis hominibus numero duntaxat differentibus, intellectu accepta, cogitataque. Hanc autem similitudinem ita ab intellectu, agente abstractam, accipit intellectus possibilis, eamque conseruat, quam accuratè contemplans quærit, quid nam sit homo: siquidem obiectam intellectus possibilis, ut philosophi utar uocabulo, est quiditas rei. i. quod, quid est: atque ita contemplando, concludit, hominem esse animal rationale mortale. talis itaque hominis similitudo intellectu concepta, diffinitaque ipsa est species.

Hæc autem species uniuersalis est, quæ nusquam per se, re ipsa inuenitur, nullaque ex fœmina nasci potest, nemoque illam sine particulari homine unquam uidit. solo enim intellectu, talis homo intelligitur. Hæc colligi possunt ex Boetio in. 2. editione in Porphytium. & ex. S. Thom. in opusculo de potent. ani. Iul. attente audiui, ut bene perciperem, si placet, iam ad rem propositam redeamus. Fab. sunt ad huc quædam necessario præmittendo, ut bene id de quo nunc agitur, intelligatur. Iul. prosequere igitur. Fab. scire oportet, tria reperiri uer
3 ba, † uidelicet operor, facio, & ago. Facere enim ab agere specie differt. Operor uerò utrique commune est. nam facere dicitur quis, quando operatio in materiam exteriorem transit ad aliquod opus faciendum: exẽpli causa secare, ædificare, urere, scribere, & eiusmodi dicitur factio. ex his enim, post factionem remanet opus aliquod factum. Agere uero dicitur, quando operatio in ipso agente remanet, nec aliquod opus efficitur: ueluti intelligere, uidere, uelle, loqui, petere, & huiusmodi. Iul. petere igitur, est agere? Fab.

re? Fab. certè: nam qui petit, aut facit aut agit, non facit, quia nullum opus post pe-
4 titionem remanet: necessario igitur† qui petit, agit: & ipsum petere est agere, ipsaque petitio, actio est. Hæc colliges ex Aristo. i. polit & 6. Ethic. & ibi s. Thom. Iul. quorsum hæc: Fab. ut fatearis petitionem, esse actionem. nam actionis appellatione continetur petitio, ueluti species sub genere, omnis enim petitio, est actio, sed non è contrariò. Iul. sit sane ut ais, quid tum? Fab. omnis qui petit, aut in iudicio, aut extra petit. Iul. ita est. Fab. ergo omnis petitio, aut est iudicialis, aut extra iudicialis. Iul. & hoc recipi potest. Fab. & hæc petitio iudicialis, non ne est actio iudicialis, cũ omnis petitio, sit actio. Iul. certè. Fab. actio iudicialis, aut est in rem, aut in personam §. 1. Insti. de actio. Iul. negari non potest.

Fab. nunc tibi demonstrandum est actionem in personam, & conditionem idem esse, & re, & substantia. Iul. hoc aueo scire. Fab. rei uendicatio, & actio in rem, non ne, & re & substantia sunt idem? Iul. ita existimo. Fab. oportet ut fatearis ita esse. nam Imperator in. §. sic itaque uers. appellamus. Insti. de actio. ait, appellamus in rem actionem, uendicationem. & Iurecon. in. l. actionem genera. ff. de actio. & oblig. ait, actionum genera. sunt duo, in rem, quæ dicitur uendicatio &c. Iul. ita est. Fab. eodem
5 modo † actio in personam, & conditio re, & substantia sunt idem. nam Imperator ibidem ait, in personam actionem appellamus conditionem, & Iurecon. in. d. l. actionum ait, actio in personam, quæ conditio appellatur, si igitur actio in rem, & uendicatio, re & substantia sunt idem: ergo eodem modo actio in personam, & conditio re, & substantia sunt idem. d. §. appellamus. &. d. l. actionum genera, alioqui rectè dici posset, est homo qui appellatur equus, id quod quam foret absurdum nemo est qui ignoret. Iul. si est eadem res, quamobrẽ diuerso nomine appellatur? Fab. quemadmodum, hæc duo nomina, ensis, & gladius, idem significant, sunt enim synonyma: ita actio in personam, & conditio, uti synonyma idem significant. Iul. quòd ensis, & gladius eandem rem significent, facile quis recipiet: quod autem actio in personam, & conditio significent idem, obscurum uidetur. Fab. obscurum est, quod luce caret, adhibeatur lux, & fiet clarum. Iul. quæ nam erit ista lux? Fab. diffinitio. hæc enim est oratio quæ id, quod diffinitur explicat quid sit. ut ait Cicero in Topi. diffinitio enim rei essentiam (ut hoc utar uocabulo) demonstrat ergo ubi est una diffinitio, est una rei essentia. Iul. negari non potest. Fab. diffinitio actionis in personã, hæc est. actio in personam est ius persequendi in iudicio, quod sibi dari, fieriue oportet, ut colligitur in insti. de actio. in. §. omnium. &. §. sic itaque uers. appellamus. Eodem modo diffinitur cõditio, ut. d. uers. appellamus. ibi enim ait Imperator, in personam actiones, quibus dare, aut facere intenditur, conditiones appellamus. Iul. ita ut ais, uidetur. Fab. imò ita est, sunt igitur actio in personam & cõditio, nomina multiuoca, quorũ nomina plura sunt. diffinitio uerò una est, ut scutum, & clypeus, his quidem plura sunt nomina: sed una est diffinitio. ita ait Boetius in. 1. edit, in Porphyriũ. sunt igitur actio in personam, & conditio multiuoca, sicut scutum, & clypeus, ensis, & gladius. Iul. sit sanè, ut ais, quid ad rem? Fab. audi nunc. quoties alicubi legeris actionem in personam seu conditionem, semper pro eadem re, eademque essentia accipito. Iul. ita faciam.

Fab. age modo: capiatur nunc actio in personam, seu conditio uti genus. Iul. esto. Fab. genus non ne diuiditur in plures species? ut ait Porphyrius. Iul. certè,
6 sed quę sunt † hę species? Fab. una est actio, seu conditio certi: altera incerti. Deinde
7 actio certi, seu † certi conditio, uti genus subalternum, in tot species diuiditur, quot ei specificæ adueniunt differentiæ. exempli causa, si conditioni, seu certi actioni, aduenerit hæc differentia ex empto, constituitur una species, quæ certi actio, seu certi conditio ex empto appellatur. & hoc est uerum, si ex empto certum petatur. hæc in quam actio est specialis, quam Doctores generalẽ appellãt. Iul. dic obsecro, hæc certi cõditio seu certi actio, quæ ex empto dicitur, cõpetit ne ex locato, ex cõmodato, ex

R deposito

deposito, alio'ue cõtractu, ex quo certũ petitur? Fab. minime, quia certi condictio, seu certi actio ex empto est una species, quæ differt à certi cõdictione, seu certi actione ex locato, ex cõducto, & eiusmodi, sicut differt asinus ab æquo. nam certi cõdictio, seu certi actio ex locato, est species per se, & non cõpetit, nisi ex locato. & certi cõdictio, seu certi actio ex commodato, est alia species, quæ non datur nisi ex commodato, & sic de alijs. quot.n. differentiæ specificæ adueniũt certi condictioni, seu certi actioni, uti generi, tot species constituuntur. Iul. quæ sunt hæ specificæ differentiæ? Fab. ex empto, ex locato, ex commodato, ex deposito, ex legato, ex mutuo, & similibus, si ex his certum petatur: quarum una quæque addita certi condictioni, seu certi actioni, propriam constituit speciem. Iul. dic quæso actio certi ex empto, & certi condictio ex empto, sunt ne duæ, an una? Fab. o mi Iuli, ubi est memoria tua, non ne paulo ante dixeram, hæc duo nomina appellati synonyma, seu multiuoca, hisque unam tantum rem significari. Iul. dixisti profectò. Fab. tene igitur hoc memoria, uidelicet, actionem certi ex empto, & certi condictionem ex empto, secundum substantiam esse, unam eandemque cum una utriusque sit diffinitio: sunt tamen duo nomina idem significantia, quemadmodum ensis & gladius.

Iul. ergo errant doctores, qui dicunt unam certi condictionem cõpetere per se ex omni contractu, ex quo certũ petitur, aiuntque esse unã, atque eandẽ, quæ ex omni causa datur? Fab. errant sine dubio: nam quemadmodum animal asinus, non est animal æquus, sed sunt duæ animalis species, ita certi condictio ex empto, non est certi condictio ex locato, sed sunt duæ certi condictionis species Iul. ergo sunt multæ certi condictione? Fab. prorsus. nam quemadmodum animal irrationale, est unum, uti genus, tamẽ eius species multæ sunt, ut æquus bos, asinus, piscis, auis, & similia: ita certi condictio generalis, uti genus, est una, sed eius species, tot sunt, quot ei adueniunt specificæ differentiæ. Iul. † quæ sunt specificæ

8 differentiæ? Fab. quæ adiunctæ generi faciunt aliud: ueluti si animali adueniat hæc differentia rationalis, aliud facit animal, & erit una species animalis, quod animal rationale uocatur. item si animali adueniat hæc differentia irrationalis, facit aliud animal, eritque altera animalis species, appellabiturque animal irrationale. Eodem modo, si certi condictioni, uti generi, adiiciatur hæc differentia ex empto, facit aliud, eritque una species, quæ certi condictio ex empto nuncupanda est. item si addatur hæc differentia ex commodato, constituitur alia species, quæ certi condictio ex commodato uocanda est. & si hæc differentia ex mutuo aduenerit certi condictioni uti generi, efficitur & alia certi condictionis species, eaque dicetur certi condictio ex mutuo, & sic de alijs.

9 Iul. dixisti si memini † certi condictionẽ generalem, non competere ex omni contractu: huic tuæ sententiæ aduersatur Vlpianus in.l. certi condictio.ff. si cert.pet. ubi in hæc uerba ait, certi condictio competit ex omni causa, & ex omni obligatione. Fab. aduerte mi Iuli: nam licet animal cuilibet speciei insit, tamen aliud est animal in æquo, aliud in asino, aliud in homine. nam differentiæ specificæ, generi adiunctæ faciunt aliud (ut Dialectici aiunt). item licet caro sit eadem in genere, tamen alia caro est hominum, alia pecorum, alia uolucrum, alia piscium, ut ait. S. Paul. ad Corinth. c. 15. item conuentionis nomen generale est. l. 1. §. 1. ff. de pact. & tamen non eadem est in omnibus contractibus. nam conuentio, quæ est in emptione, locatione, societate, commodato diuersa est, & diuersas facit generalis conuentionis species. l. iurisgentium. ff. de pact. & tamen ab ea differunt, sicut homo, & æquus ab animali in genere. Ita ad propositũ, licet certi cõdictio generalis cõpetat ex omni cõtractu, sicut cõuentio generalis in omni inest contractu, & animal in omnibus suis speciebus, tamen certi condictio, quæ competit ex empto, locato, cõmodato, mutuo, depositoque sunt species certi condictionis generalis, differunrque ab illa generali: quemadmodum homo, æquus, asinus, animalis species maximopere ab animali in genere distant, ut ex Dialecticis colliges. Iul. si ita est, ergo unaquaque causa, habet

habet suam certi condictionem specialem? Fab. certè. Iul. ergo unus cõtractus duas speciales actiones habebit? Exempli causa, cõtractus emptionis, habet actionem ex empto specialem, & ex sententia tua habebit certi condictionẽ ex empto specialem. Fab. non ita est. nam certi actio ex empto, non sunt duæ speciales actiones, sed est una tantũ re, & essentia. d. §. sic itaque, uers. appellamus. & d. l. actionum genera. sicut ensis, & gladius, non duas, sed unam tantum rem significant, sunt enim synonyma seu (ut Dialectici aiunt) multiuoca.

Iul. satis uerò consentanea ista hæc uidentur. sed quod dixisti, generalem certi condictionem non posse ex aliquo contractu nasci, confirmas ne? Fab. etiam. Iul ergo

10 † errant doctores, qui aiunt eam esse natiuam. Fab. scribentes in hoc maximopere hallucinantur, quoniam, ut dixi, nec genus, nec species nasci potest, quia per se, sine in diuiduis, ut dictum, est, non subsistunt, sed animo duntaxat intelligunt nunquam profectò animal, ut genus, nasci ex aliqua fœmina potest. nã queadmodũ genus mori nõ potest. l. incẽdiũ. C. si cert. pera. l. in ratione. §. diligẽter, uers. incertę. ff. ad. l. falcid. ita nasci minime, potest. si. n nasceret utique moreretur, nã ut uir ille doctus ait, omnia orta occidũtur, sed hoc, uel illud animal particulare nascitur, & postquam natum est, sub animali generali cõtinetur: pari ratione, nec certi cõdictio generalis nasci ex aliquo cõtractu potest. arg. l. illud. ff. ad. l. aquil. nõ est igitur natiua certi cõdictio generalis. Iul. huiusmodi tuæ sententiæ occurrunt leges, quas Doctores ad hoc ipsum citant. f. l. nam etsi fur. ff. si cert. pera. ibi, nascitur cõdictio. & insti. quib. mod. re contrah. oblig. in prin. ibi. ex eo contractu nascitur certi cõdictio. Fab. dicunt ne iura illa, nasci certi condictionem generalẽ? Iul. non expresse. Fab. ergo non obsunt. & quod aiunt nasci condictionem, necessarium est, ut intelligas nasci particularem certi condictionem, generalẽ autem nasci impossibile est, ut supra dixi.

Iul. hoc amplius scire aueo, an is, qui habet certi condictionem particularẽ, habeat etiam certi condictionem generalem? Fab. audi mi Iuli; qui habet particularem, non habet generalem, tanquam à particulari separatam, sed ideo dicetur habere generalem eo quod generalis inest particulari, uti genus: quemadmodum qui habet animal hoc particulare, ut puta hunc æquum, habet animal generale, eo quod animal uti genus inest cuilibet particulari, & sicut nemo potest animal generale, à particulari separatum habere, cum per se non subsistat: ita certi condictionem generalem, à particularibus separatam habere potest nemo, cum non sit, sed mente duntaxat intelligitur.

Iul. non possum his non assentiri. sed uno dubio auulso aliud suboritur. nam omnes doctores (ut in principio dixi) fatentur ex mutuo certi condictionem generalem oriri, ex quibus alij affirmant etiam specialem nasci. alij uero hoc negant: tu autem, quid sentis? Fab. si omnes aiunt

11 † ex mutuo nasci generalem, omnes maximopere aberrant. nam quemadmodum impossibile est, animal generale, ex fœmina nasci: ita impossibile est, certi condictionem generalem ex aliquo contractu oriri, cum extra intellectum per se nihil sit. Nascitur itaque ex mutuo in specie, certi condictio specialis, & ex hoc mutuo particulari, certi condictio particularis, ut ex supradictis facile colligi potest. particularia. n. non generalia in operationem ueniunt: Aristo. 7. Ethic. Iul. satis hæc mihi cordi sunt, & profectò finem interrogandi facere, nisi unum dubium adhuc me sollicitaret. Fab. quid dubij est? Iul. dixisti certi condictionem ex empto, commodato, deposito ue. esse specie certi condictionis. Fab. uerum est. Iul. ergo certi condictio competit ex empto, ex commodato, depositoque. Fab. dubitas ne? Iul. etiam. nam doctores aiunt, illam ex hisce contractibus, nequaquam competere, & ratio uera secundum Bar. in. d. l. certi condictio in. 5. col. ea est, quod ex commodato, & ex deposito rem nobis restitui, ex empto rem tradi petimus. & sic a-

12 gitur ad factum: ergo ad incertum. † facta enim sunt incerta inquiunt ipsi. Allegant. l. ubi autem. §. qui id quod. ff. de uerbor. oblıgat.

Fab. qui fieri potest, ut facta sint incerta, cum iam extent, & appareat quid, quale

quantumue sit, ergo certum.d.l. ubi autem in prin. Iul. ita aiunt. Fab. tu autem noli amplius tali loquendi genere uti, sed ut Vlpianus dicit in.d.l. ubi autem.§. qui id quod, uidelicet, quæ in faciendo consistunt, incerta uidetur. nam in rerum natura, quod dam potest esse, sed adhuc non est: quoddam uerò iam est, illud autem quod potest esse & non est dicitur esse in potentia: il-
13 lud † uero quod iam est, dicitur esse actu. Iul. explicato apertius, quomodo aliquid sit potentia, & quomodo actu? Fab. libentissimè id faciam, audi. nihil effici potest, nisi materia, priuatio, & forma adsit. hæc enim sunt rerum principia, ut ait S. Thom. in opusc. de princip. rerum, & Aristot.2. Phys. exempli causa, artifex statuarius uult statuam Cæsaris ex ære effingere, oportet ut adsit materia, quod est æs, & quod sit in ipso ære priuatio, hoc est quod non sit in eo ære Cæsaris statua, quia si esset, certè nō fieret[quicquid enim fit, adhuc non est, nisi potentia] adhoc igitur ut Cæsaris statua, sit actu, oportet ut æri, uti materiæ, adueniat forma, quæ erit Cæsaris figura: & ita statua quæ prius erat in potentia, erit iam actu. forma enim facit rem esse actu: unde dici solent, forma dat esse rei. Iulianus.§.si quis. ff. ad exhiben. Requiritur præterea causa efficiens, hoc est statuarius, qui formam statuæ, quæ erat in potentia, in actum reducat. hæc colliges ex S. Thom. in opusc. de princip. rerum. Iul. hæc iam intelligo, si placet reuertere ad rem ipsam. Fab. ecce reuertor. si promittis mihi ædificare domū, illa domus antequam ædificetur, est ne potentia an actu? Iul. potentia inquam, quia non adest forma, quæ facit rem esse actu. Fab. rectè sentis. illud igitur quod est potentia, duntaxat, potest esse & non esse. exempli causa. Cardinalis potentia est pontifex, ergo potest esse & non esse pontifex. at ea quæ possunt esse & non esse, sunt incerta, ut ait Arist.3. Ethic. nam quo eueniant modo, incertum est. possunt enim & hoc, & illo modo euenire: & quæ possunt aliter se habere, & adhuc sunt potentia, an sint, nec ne, latent. suntque his quæ non sunt per quam similia, sunt igitur incerta, hæc ex Arist. in 6. Eth. & ex Eustatio ibi interprete. Eadem ratione, Vlpianus in.d.l. ubi
14 aiunt.§. qui id quod. ff. de u erb. obl. ait, † id quod in faciendo cōsistit, incertum uidetur ratio est, quia adhuc id quod non est actu, est perinde ac si non esset. e contrario id quod actu est, habet suam formam, per quā in suo esse (ut ita dicam) consistit. d.l. Iulianus.§. si quis. & consequenter est certum, quia apparet quid quale quantumue sit. d.l. ubi autem, in prin. Iul. ita esse arbitror. Fab. dicas quæso, si comodo tibi æquum, accōmodo ne tibi rem certam, an incertam? Iul. certe profecto. Fab. si mox peto illum æquum mihi restitui, peto ne mihi restitui rem certam an incertam? Iul. subsisto, quia ex una parte audio Doctores dicentes, eum qui tenetur restituere, teneri ad factum. restituere enim aiunt esse, quid facti, ergo in certum. d.§. qui id quod. Ex altera parte, uideo æquum restituendum, esse rem certam, idcirco quid dicam nescio, tuam, igitur sententiam expecto. Fab. Si restituere est quid facti, ergo tradere est etiam quid facti. Iul. ita reor Fab. ergo dare etiam erit quid facti arg. l. consilio.§. fin. ff. de curat. fur. Iul. non facile assentior, quia dare est dominiū transferre.§. sic itaque. Inst. de actio. dominiū autem est ius. l. ex hoc iure. ff. de inst. & iur. & ibi not. Fab. non sequitur dominium est ius, ergo ipsum dare seu ipsa datio per quam uti per instrumentum, dominium transfertur, est etiam ius. nam alia res est datio ipsa, alia ipsum dominium quod per illam transfertur: quemadmodum aliud est id quod fit, aliud per quod fit. culter enim qui efficitur, longè distat à malleo, per quem ille efficitur. Est igitur ipsum dare seu ipsa datio quid facti, sicut restitutio & traditio. d.l. consilio.§. fin. Iul. esto quid tum? Fab. si restitutio, traditio, datio, ob id quod sunt facti, essent impedimento, quo minus certi condictio ad rem emptam, certam quidem, ad rem commodatam promissamque competeret, proculdubio certi condictio, ex nulla obligatione daretur. omnis enim qui agit, aut ad dandum, aut ad tradendum, aut restituendum, aut ad faciendum agit.§. 1. Instit. de action. l. 1 ff. de actio. empt. hæc autem sunt facti, ergo &c. & tamen iure-

men iureconf.in.d.l.certi condictio ait, certi condictionem competere ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua cert.peta.sufficit itaque ut res quæ petitur sit certa, hoc est ut sit actu,& appareat,quæ, qualis,quanta'ue sit.d.l.ubi autem in prin. nec est considerandum an ipsa media, seu instrumenta, per quæ res datur, aut traditur,aut restituitur sint facti, an non.

Iul. huic tuæ opinioni uidetur obstare id quod dicunt scribentes aiunt enim non
15 † posse ab tempora certi condictione agi, ut uenditor rem uenditam, quamuis certā sibi tradat: quia uenditor potest soluendo id quòd interest,liberari.l.1.ff.de acti. emp. & ibi not. & per consequens solutio erit uariabilis, & ideo incerta. Non potest igitur ad rem uenditam competere certi condictio,quæ ad certum duntaxat competit, nisi ut aiunt ipsi,agens ita conciperet libellum, ut appareret uenditorem præcisè cogendū esse ad tradendum, ut puta inquit Bar. si dicerem in libello, dico quod uendidisti mihi fundum,& illum tenes, & possides & illius es dominus, quare peto te condemnari. hæc Bar.ad uerbum in.d.l.certi condictio. Fab. Si doctores accuratè animaduertissent Vlpiani uerba in d.l.certi condictio. hoc utique non dixissent: ibi enim Vlpianus in hæc uerba ait, certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur. non autem dicit, ex omni obligatione, ex qua certum soluitur. si enim consideranda esset solutio, utique dixisset, ex qua certum traditur certumq; soluitur. Sufficit itaque ad hoc ut certi condictio competat, ut certum petatur,nec refert si postea id quod interest,seu (ut aiunt) interesse soluatur. inspiciendum est enim id quod præcipuè petitur,non autē id quod per consequens solui contigerit. arg.l.1.ff. de aut.tut. quamobrem certi condictio ex empto competit ad fundum seu equum tradendum etiam si simpliciter agatur. Iul. si tradere seu traditio est facti.d.l. consilio. §.6.& etiam tu fateris, ergo est incertum quid. d.§.id quod. si est incertum qui fieri potest ut competat certi condictio? Fab.satis putabam istud declaratum esse, sed fortasse non animaduertisti. dico rursus, quia ipsa traditio, est ut instrumento, per quod fundus siue equus alteri ab altero traditur, hāc ob causam dicitur quid facti, & omnia instrumenta dicuntur quid facti. at non instrumenta,sed opus quo per ipsa efficitur, inspiciendum est. Quando igitur id quod est tradendum,est omnino certum,eo quòd iam est in actu, & apparet quid, quale, & quantum,ueluti est fundus,equus,& eiusmodi, tunc certi condictio proculdubio competit, nec est consideranda ipsa traditio, quæ est uti instrumentum (ut supra dixi) nec refert si deinde contingat solui id quod interest. quando autem id quod tradendum est,non actu sed potentia est, tunc non competit certi condictio. Exempli causa, si quis stipuletur uacuam sibi possessionm tradi: incertum stipulatur. d.§.qui id quod. ratio, quia illa possessio adhuc actu non est, sed potentia solum, cum à stipulante non dum sit acquisita. acquiritur enim & animo & corpore.l.quemadmodum.ff.de acquir.poss. Iul.hæc distinctio mihi quidem non displicet, sed si tibi non est molestiæ,paulo apertius explicato, quomodo possum agere certi condictione ex empto ad tradendū fundum,cū uenditor soluendo id quod mea intersit liberetur.l.1.ff.de act.emp.& ita solutio ex debitoris potestate, ut inquiunt doctores,est uariabilis, idcirco non continet certum,quemadmodum nec stipulatio alternatiua.d.l.ubi autem.§.qui illud? Fab.dixi inspiciendum esse id, quod principaliter petitur, non id,quod per consequens contigit.d.l.1.de auct.tut.satis est igitur, quod in libello,quid certi petatur: quid autem postea soluatur, non refert. Nec obstat.d.§. qui illud. quia ibi a principio solutio,debitoris arbitrio, erat uariabilis: propterea quod aliquis puta Titius stipulatus est sibi dari decem, aut hominem, & sibi electionem non constituit,& ideo incertum stipulatus est. hanc ob causam peti certum non poterat, & per consequens non competit certi condictio. sed quando à principio potest certum quid peti, certi condictio sine dubio datur,nec refert, quod potest solutio postea uariari: quia talis uariatio per consequens contingit,& ideo non obstat. arg. l.1.ff.de auct. tut.

Iul. hæc

Iul. hæc sunt adeo uero similia, ut assen tiri iam cogar, uelim tamen aliud mihi de-
19 clarari. quærunt doctores, † an certi condictio generalis posit cum actione de dolo concurrere eo quòd actio de dolo non cōpetit, ubi potest alia actio competere. l. I. §. ait prætor. & l. 2. cum 3. sequen. ff. de dolo. Fab. quid ipsi sentiunt? Iul. aiunt alias actiones cum doli actione concurrere non posse, sed certi condictionem generalem asserunt cum illa concurrere. Fab. maximopere allucinantur. nam quemadmodum impossibile est animal generale ex aliqua fœmina nasci, cum sit genus: pari ratione, impossibile est certi condictionē generalem, uti genus ex aliquo contractu, seu obligatione oriri. argu l. illud. ff. ad. l. aquil. & sæpius supra dixi. utrum tamen est, certi condictionem particularem ex dolo, si certum petitur, nasci. Iul. ergo particularis certi condictio cum doli actio ne concurreret. quod est contra. d. §. ait prætor? Fab. dic quæso, ensis dicetur ne concurreret cum gladio? Iul. minime, quia essentia, idem sunt. Fab. pari igitur ratione, nec certi condictio particularis cum doli actione concurrere dici potest, cum essentia sint idem. nam actio de dolo, est actio in personam. actio uero in personam, & condictio, idem sunt. d. uersi. appellamus. Insti. de actio. d. l. actionum genera. ff. de actio. & oblig. & supra dixi. Iul. quando igitur locum habebit. d. l. 2. cum sequen. ff. de dolo? Fab. quando est aliqua actio, quæ specie a doli actione differat: ut puta aduersus tutorem dolosum, tutelæ actio, & actio doli minime concurrunt. l. ideoque. ff. de dolo. idem de aliis actionibus, quæ specie a doli actione distant dicendum est: sed certi condictio de dolo, & actio de dolo, specie minimè differunt, imo essentia sunt idem. Iul. ergo inepte absurdeque dicet quispiam eas concurrere. Fab. ineptissime inquam.

Iul. ex sententia tua pro comperto habendum est, certi condictionem generalē non posse ex aliquo contractu nasci? Fab. hoc nihil uerius dici potest. Iul. ergo frustra quærunt doctores quo modo cognoscatur, an in libello intentetur certi condictio generalis, an specialis id est particularis? Fab. frustra profecto: cum (ut dixi) generalis intentari minimē possit, sed particularis dūtaxat nascitur exerceturq; . actio enim sine controuersia circa particularia ipsa uersatur. Arist. 6. Eth. tot enim sunt media cōcludendi, quot contractuum species, ex quibus certum petitur: utputa si ago ex locato, dicam quia locaui, si ex conducto, quia conduxi, si ex commodato quia commodaui. si ex mutuo quia mutuaui. & sic de aliis. Certè igitur mi Iuli scias, certi condictionem generalem, uti generalem, neque nasci neque intētari neque exerceri à quopiā posse: sed particularis est ea quæ nascitur quæque exercetur.

Iul. hæc ita apertè iam explanasti, ut nec obliuioni nec dubitationi apud me iam locus dari queat, sed alia oboritur quæstio.
17 quærunt doctores, † quam ob causam huiusmodi actio fuerit introducta & reddunt rationem, sed ea mihi nequaquam satisfacit, aueo igitur abs te hoc audire? Fab. dic mi Iuli, actio in rem quam ob causam inuenta fuit? Iul. ut per eam rem nostram quæ ab alio possideretur, in iudicio peteremus. l. actionum genera, in prin. ff. de actio. & oblig. Fab. rectè ais, & actio in personam quamobrem introducta est? Iul. ut cum eo agamus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid uel dandum. d. l. actionum genera. Fab. ita est. dic nunc quæso, actio in personam, & condictio, non ne est eadem d. l. actionum genera. & §. sic itaque uers. appellamus. Instit. de actio? Iul. eadem uidetur secundum Vlpianum in d. l. actionum genera. dum ait, actio in personam, quæ cōdictio appellatur, & tu superius hoc apertè demonstrasti: dicebas enim esse synonyma, seu multiuoca. Fab. dic rursus, non ne eandem ob causam est inuentus ensis, qua & gladius? Iul. sine dubio: sunt enim, & hæc synonyma. Fab. ergo, qua ratione actio in personam, eadem & condictio introducta est: & qua ratione actio certi in personam, eadem certi condictio inuenta est: cum re, & essentia, non differant: sunt enim synonyma (ut dixi)? Iul. quæ causa inueniendi fuit, necessitas, an utilitas? Fab. utraque simul, propterea quod ex cōdictione necessarium, & utile erat, necessariū inquā

erat

erat si nostrum consequi uolebamus, ut esset condictio (quæ est idem cum actione in personam. d.l. actionum. qua ageremus cum eo, qui obligatus esset nobis, ad faciendum, uel dandum, & si ad certum esset obligatus, certi actione, seu certi condictione: si uerò ad incertum incerti actione, seu incerti condictione ageremus. Iul. accuratè hanc materiam declarasti, & ni tibi molestiæ esset, cuperem, ut me alio laqueo, quo implicitus teneor, sagaci tuo ingenio, explicares. Fab. quid laquei est? Iul.

Summarium

1 Bonorum possessor an proprie sit hæres. & nu. 4.
2 Hæreditas quid sit & nu. 16.
3 Quæ in duas species diuiditur.
5 Prætor hæredem directum facere non potest. Et quæ sit ratio num. 6. & 13.
7 Proprietas iure naturæ non erat.
8 Ciuitas, quid sit.
9 Ciuitas uel Princeps potest auferre dominium ciuibus.
10 Dominium directum per mortem ciuium ad ciuitatem reuertitur.
11 Dominium directum sequitur proprietatem.
12 Imperator quomodo sit dominus totius mundi.
14 Bona, est successio cuiusque uniuersitatis mortui, de iure prætorio. Et dupliciter capitur. num. 18.
15 Bonorum possessio edictalis, & Decretalis, quæ & num. 17.
19 Possessio bonorum, uel bonorum possessio est idem.

XLVIII. DECLARATIO bonorum possessoris, bonorumque possessionis.

1 Quæritur, an † bonorum possessor, possit dici propriè hæres? item quæritur, quamobrem, prætor directū hæredem facere non potest? Bar. in l. centurio. ff. de uulg. & pupil. sub. in prima oppositione dicit, bonorum possessorem, hæredem dici minime posse, per tex. in. §. quos autem. Insti. de bono. posses. ubi Imperator ait, bonorum possessorem esse loco hæredis. sed ipse Bar. conatur duobus modis respondere, primò quòd ille. §. quos autem. habet locum in testaméto de iure prætorio, nos autem loquimur in testamento condito de iure ciuili. ista solutio illi textui aptari nequaquam potest. loquitur enim indistinctè. & ita indistinctè intelligi debet. l. de precio. ff. de public. in rem actio. Hanc ob causam ipse alio modo respondet, inquiens, appellatione hæredis, largè contineri bonorum possessorem, per tex. in. l. hæreditatis appellatio. ff. de uerbor. sign. & sic bonorum possessor, largè dici potest hæres, non autem proprie, secundum Bar. Istam ultimam responsionem, aiunt probari per tex. in. l. 2. ff. de bono. posses. ubi iureconsult. ait, in omnibus bonorum possessoré uice hæredis haberi, & per tex. in. l. 1. ff. de bo. pos. hæred. peti. ubi dicitur, quod post ciuiles actiones hæredibus propositas, prætor habet rationem eorum, quos uelut hæredes facit. probatur etiam per. d. §. quos autem, ibi loco hæredis. si loco hæredis, ergo non hæres. Aliqui tenent contrariū, quod imo bonorū possessor, sit proprie hæres: per tex. in. d. l. hæreditatis appellatio. ubi dicitur, hæreditatis appellatione, bonorum possessionem contineri. uerbum. n. continetur, est uerbum significans proprietatem. probatur per tex. in. l. i. §. bonorum ff. ad Trebel. & per tex. in. l. in conditionibus. §. si patronus. Confirmatur etiam ratione nam cui competit diffinitio. competit eius diffinitum. hæreditas. n. nil aliud est nisi successio in uniuersum ius. l. nil aliud. ff. de uerbo. sign. sed per bonorum possessionem, succeditur in uniuersum ius, ergo bonorum possessio est hæreditas. Ego uero utramque opinionem arbitror esse ueram. pro huius quæstionis intelligentia, suppono illud quod habetur, Insti. de adoptionem esse genus, quod diuiditur in duas species: in adoptionem scilicet, quæ est species. & arrogationem, quæ est altera species. Est igitur adoptio, & speciei & generi, nomen accommodatum. sed non ualet argumētum, est arrogatio, ergo est adoptio in specie: sed bene ualet est arrogatio, ergo est adoptio in genere.

Nunc uidendum est, quid sit hæreditas,
2 quis aūt ignorat, † hæreditaté nil aliud esse,

quam

quam successionem in uniuersum ius, quod defunctus habuit tempore mortis. sed huiusmodi successionem non homo, sed lex facit. mortuo enim homine, lex colligit omnia eius iura, & actiones, ex quibus facit quendam cumulum. hinc lex dicit, nil aliud est hæreditas, quam successio: supple tu, facta a lege. & in hunc bonorum cumulum succedit lex suscipiendo omnia defuncti bona. hæc autem successio facta à lege, uocatur hæreditas, quæ est quædam domina illorum bonorum. l. non minus. ff. de hæred. institu.

3 Hæc autem hæreditas, uti genus, in† duas diuiditur species. alia enim est hæreditas, de iure ciuili. Altera uero de iure prætorio, quam bonorum possessionem appellant. nam hæreditas de iure ciuili, in specie, est collectio omnium iurium, & actionum tam directarum quam utilium. l. nihil est aliud ff. de uerb. sign. hæc autem hæreditas iure ciuili, antequam essent prætores, inuenta fuit. Sed quia nonnulli iure ciuili incogniti erant, nec ab eo ad successionem uocabantur: ueluti emancipati, & similes. Insti. de hæred. quæ ab intest. def. §. emancipati. hac ob causam prætor bonorum possessionem introduxit, omnia defuncti iura, & actiones utiles, non tamen directas, continentem. l. 1. de bono. poss. ff. Est itaque hæreditas, ut genus. d. l. hæreditatis appellatio. quæ in duas diuiditur species, in bonorum possessionem scilicet, & hæreditatem.

Si igitur quæratur, an bonorum possessio sit propriè hæreditas? dicito genus inesse cuilibet speciei, & de qualibet specie proprie dici. ualet enim est musca, ergo animal, argumentum enim de specie, ad genus affirmatiue, non autem de specie, ad speciē, procedit, non enim sequitur, est homo, ergo est equus, licet homo, & equus sit animal. Ita ad propositum, si quæratur, an bonorum possessio, dicatur propriè hæreditas,

4 sine dubio dicendum est, † bonorum possessionem, dici propriè hæreditatem, in genere. ualet enim argumentum, est bonorum possessio, ergo est hæreditas in genere: sicut ualet est arrogatio, ergo est adoptio in genere. non tamen ualet, est bonorum possessio, ergo est hæreditas in specie: sicut nō ualet, est arrogatio, ergo adoptio in specie.

Est itaque bonorum possessio hæreditas, non tamen est illa hæreditas, quæ continet iura directa, sed est hæreditas in genere, & isto respectu bonorum possessio propriè est hæreditas. & ita procedit opinio dicentium bonorum possessorem propriè esse hæredē. At si accipias hæreditatem in specie, tunc bonorum possessio, non dicetur propriè hæreditas, sed large, & ita opinio Bar. hic saluatur.

5 Nunc uenio ad. §. quos autem. Instit. de bono. poss. ubi imperator dicit, † prætorem non posse facere hæredem directum. quæritur quid possit esse in causa, quamobrem prætor non potest facere hæredem? antequam respondeatur, ne in ambiguo erremus. sciendum est, hoc nomen hæres, idem esse quòd dominus. §. fi. inst. de hær. qual. & diff. ibi. ueteres enim hæredes pro dominis appellabant. quamobrem hæc appellatio hæres, ueluti dominus, potest capi ut genus, quod diuiditur in duas species: in hæredem scilicet directum, & hæredem utilē. Hæres utilis, assumit sibi aliud nomen uocaturque bonorum possessor. hæres uero directus, generis nomine simpliciter appellatur hæres. est igitur hæres nomen generis & speciei, ut dicitur in adoptione. adoptio enim sumitur pro genere, & pro specie. Instit. de adopt. in prin. Si igitur quæritur, an prætor possit hæredem facere eum, qui accipit bonorum possessionem? dicas inter rogationem esse ambiguam. at si quæratur, an prætor possit utilem hæredem efficere? respondeas, ab eo id fieri posse: nam bonorum possessor est hæres utilis. sequitur enim est bonorum possessor, ergo hæres in genere. ut. l. 1. C. unde libe. Rursus si quæratur, an bonorum possessor sit hæres in specie, & sic hæres directus? respondeas minime, sed est loco hæredis directi. l. ij. ff. de bonor. possess. & d. §. quos autem. & dicitur esse loco hæredis, quia in effectu omnia habet, quæ hæres directus (quo ad commoditatem & utilitatem) habet. d. l. ij. & ratio quare non efficiatur hæres directus est, quòd prætor hæredem directum facere non potest. d. §. quos autem.

6 Sed quæritur, † quæ est ratio, quamobrē prætor

prætor non poteſt facere hæredem directum? doctor. in rub. C. qui admitti. uarias ponunt rationes ſed nulla eſt quæ refutari non queat. At mihi interius cogitanti, uera huius quæſtionis ratio occurrit. pro cuius intelligentia aliquantulo altius repetendum eſſe arbitror: ſi quis. n. ab initio rerum originẽ reſpiciat, optime diſcernet. 1. Pol.

Et prius igitur præſupponendum eſt, duo nomina hæc, apud Iureconſultum reperiri, dominium ſcilicet, & proprietatem. ſed dominium eſt latius, & tanquam genus habens duas ſpecies, ſcilicet dominium directum & utile. l. 1. ff. ſi ager uectig. pet. proprietas uerò ſolum pro directo dominio, & nunquam pro utili capitur. ita uult Bald. in. l. cum res in ſi. C. de prob. teuuerunt & alii. quos refert Iaſ. in. l. traditionibus. C. de pact. licet nos aliter ſentiamus in declarat. 42. aliud enim eſt proprietas, aliud dominium: proprietas quidem dominium pręcedit, ut ibi dixi.
7 Nunc eſt ſciendum, † iure naturæ non fuiſſe proprietatem: proprium enim eſt, quod uni competit, & non omnibus: ſed iure naturali omnia erant cõmunia; ſcilicet immobilia, ut in c. ius naturale. 1. diſt. in. ut alibi dixi, nihilq; eorum erat priuatum, & ideo nihil proprium: proprium enim eſt, quod uni ſoli & ſemper conuenit. non erat igitur eo iure rerum immobilium proprietas, & per conſequens nec dominium directum, ſcilicet priuatum ut ait Cicero in. 1. offic. in hæc uerba, ſunt autem natura priuata nulla. Erat igitur tunc immobilium rerum dominium commune, & eo tempore gentes ſparſim uiuebant, ut dicit philoſophus in. 1. Pol. quem admodum hodie Scythæ, qui omnem ſuppellectilem in curribus ferunt, nec habent urbes, nec ſemper in eodem loco morantur, ſed modo hic, modo illic ponunt ſedes, prout inueniunt loca quæ ſibi ſuiſque pecoribus uſui ſint. & hoc modo uixerunt homines, in prima illa mundi ætate, à tempore Adam uſque ad tempus Noe. Poſt diluuium uerò & interitum omnium ferè hominum, remanſerunt Noe, & tres eius filij Sem, Cham, & Iaphet, eorumq; uxores omnes diuino beneficio, in arca illa ſeruati, ut habetur in. c. 7. & 8. Gen.

Ex his tribus filijs Noe, ſeptuaginta duæ familiæ natæ ſunt, habitabantq; in oriente, quorum una erat lingua ſiue ſermo: tentarunt, auſique ſunt deinde turrim ædificare, cuius culmen ad cœlum uſque perueniret: hoc uidens Deus, eorum linguam adeo cõfudit ut alius alium non intelligeret, idcirco lingua in ſeptuaginta duas diuiſa eſt, quẽadmodum ſeptuaginta duæ erant familiæ, & tot linguas aiunt in toto mundo reperiri, Aug. de ciuit. dei lib. 16. c. 6. & 9. ob hanc linguarum confuſionem, locus ille dictus eſt Babilon. illæ autem familiæ totum orbem inter ſe diuiſerunt. Aug. lib. eod. c. 3. dicit terram diuiſam fuiſſe tempore, quo natus eſt Phalech, filius Aber, qui erat abnepos Sem, unius ex tribus filijs Noe. eo. lib. c. 11. & 6. Et quia erant tres patres. ſ. Sem, Cham, & Iaphet: hanc ob cauſam, totus orbis in tres partes diuiſus eſt. in Aſiam S. Aphricam, & Europam: & hæc fuit prima rerum immobiliũ proprietas, & unaquæq; earum pars ſubdiuiſa eſt in plures partes, pro ut plures erant familiæ, erant fortaſſe termini, montes, ac flumina: cæperuntque deinde ædificari ciuitates, & cuique ciuitatum erat proprium territorium. hanc ob cauſam, unaquæq; ciuitas ſui territorij proprietatem, & conſequenter dominium di-
8 rectum habebat. uerum quia † ciuitas, nihil aliud eſt quam quædam uniuerſitas, ſeu quædam perſona ficta a lege repræſentata, ut dicit Bart. in. l. aut facta. §. non unquam ff. de pœn. eſt enim ciuitas quædam multitudo ciuium, ut in 3. Polit. eſt etiam ciuitas quoddam totum, & ciues ſunt eius partes. Ciuitas igitur, erat domina territorij, illudq; ſolebat inter ſuos ciues diſtribuere, & ita termini agris affigebantur. hoc poteſt colligi ex. l. ex hoc iure. ff. de iuſti. & iur. ſinguli itaque ciues cæperunt proprietates, & conſequenter directa dominia ſeparatim habere, cæperunt igitur directa dominia ex iure gentium exiſtere, intellige rerum immobilium. d. l. ex hoc iure mobilia enim iure naturæ quiſq; ſua habebat, ut ſupradictum eſt. Sed non nullæ ciuitates territorium commune omnium ciuium relinquebant, quã ob cauſam ſinguli ciues territorij dominium pro indiuiſo habebant, quo circa colli-

ea colligebant ex eo fructus,ibique armenta,gregesque pascebant, & alia huiusmodi ad uitam necessaria ex eo territorio percipiebant:nullus igitur habebat proprietaté, propterea quod nullus poterat dicere, hoc est meum: sequitur ergo quod nec habebát dominium directum priuatum scilicet,quippe cum directum dominium priuatum ex priuata proprietate originem habeat. de ciuitatibus autem quæ territoria communia habebant, meminit Aristo in.1.&.2. Polit. Ciuitas ergo romana,postquam sibi agrum romanum uendicauit, continuo eius domina effecta fuit, atque illum inter suos ciues diuisit(unde crebro apud Historiographos inuenitur, de lege agraria tractatum fuisse) permisitque ciuibus suis, ut eorum quisque posset in uita, per tradi.tionem,iusto præcedente titulo,dominium in alium transferre. erat tamen ipsa ciuitas,seu eius princeps,domina in uniuerso,ut not.per Bar. in.l.1.in.§. per hác legem.ff.de rei uend.Hinc est quod
9 †ciuitas, seu princeps, potest dominum à ciue ex causa, uel sine causa ex plenitudine tamen potestatis auferre,propterea quod ipse est dominus.l.deprecatio.ff. ad.l. rhod.de iac.potest ergo supra ius, contra ius,uel extra ius,& quicquid uult potest adiecta tamé clausula, non obstante,&c. ex qua appareat id ex eius uoluntate fieri, nam in dubio non præsumeretur, uelle ius alicui auferre. inferiores autem principes,ut Marchiones, & Comites, id facere minime possunt,cum ipsi non sint domini, ut uolunt Doc. quos refert Ias.in.l.rescripta.C.de precib.Impe.of
10 fe.Post † mortem uero alicuius ciuis ab intestato defuncti,quia mors omnia soluit, in Aut. de nup.§.deinceps, dominium directú ad ciuitatem, tanquam ad dominam reuertebatur:quæ quidem ciuitas per legem suá, omnia iura, omniaque illius defuncti dominia directa, in unum colligit cumulum,efficitque ius quoddam uniuersum, in quod ipsa succedit ciuitas, quam quidem successionem,appellant hæreditatem.l.hæreditas. ff.de reg.iur.atque illa hæreditas, omnium illorum iurium domina existit.l. hæreditas in multis,&.l.hæreditas.ff.de acqui.rer. domi. Ad hanc autem hæreditatem ciuitas suo arbitratu uocabat, quem ratio pro rei publicæ statu uocari suadebat.

Est enim respublica ordinatio ciuitatis bene uiuendi gratia, ut in.3. Polit. modo itaque uocabat masculos, & fœminas simul modo masculos tantum, quibusdam exclusis fœminis. ut Inst.de leg.ag.succes.l.maximum uitium.C.de lib.præter.

Adde quod prius nó uocabat matrem ad successionem filij,nec è contrario. ut Instit. ad senat.con. Ter..& Orfi. emancipatos etiam penitus excludebat.§.emancipati. Instit.de hæredit. quæ ab intest.def. hodie autem omnes uocat,ut in Aut. in successione. C.de suis & leg. hære. Item arbitrio suo ciuitas per legem hunc testari permittit, illú prohibet,hunc finit capere ex testamento, illum uetat,ut in multis legibus uidere licet. Ex his igitur apparet ciuitatem post mortem alicuius ciuis in testati effici bonorum illius dominam, eaque bona ei dantur, cui ipsa dari constituit. Ciuitas ergo sola, seu princeps, qui est hodie loco ciuitatis, potest dominia directa alicuius mortui, tanquam illorum domina in alium transferre.

Sed si quæratur, an tempore quo iure naturæ homines degebant, esset directum dominium? Responde,sicut erat proprietas, ita erat dominium proprietas autem totius mundi erat,sicut hodie est maris.eiusque littorum: quæ quidem est nullius hominis,est tamen omnium.§.littorum,& ibi glos.Inst. de re.diu.idcirco quoddam uniuersum dominiú omnium hominú indiuisum, ac indistinctum erat: dominium enim sequitur proprietatem: & qualis illa est, tale & illud existit. At si quis alicuius loci proprietatem sibi occupasset,ibi rustice ædificando,illius loci dominium acquirebat,quá diu scilicet ibi ædificium manebat. sed sublatio inde ædificio,locus ille in pristinam causam reuertebatur:quamobrem si alius in eodem loco rustice ædificasset, eius loci proprietatem,directumque dominium acquirebat.l.quod in
11 littore.ff.de acqui. rer.domi.† sequitur itaque directum dominium proprietaté. qualis igitur est proprietas, tale efficitur dominiú. Vniuersum itaque dominium totius mundi apud eum manet,apud quem uniuersa generalisque proprietas reperit, idest apud Imperatorem, si quis talis est.l. de precatio.ad l.rhod.

l.rhod.& hanc ob causam dominus mundi, appellatur. Et ut manifeste hoc appareat exemplo agatur, animal est genus, & uere cuilibet inest speciei. nam ita musca, sicut æquus, & Elephas est animal: finge modo quempiam habere hoc animal in genere, hic in omni profectò specie, aliquid (ut ita dicam) animalitatis habebit, propterea quod qui habet æquum, habet animal in specie:& qui habet animal in genere, habet etiam aliquid in æquo, cum in equo insit animal. Ita dominium in genere, cuilibet speciei, indiuiduoque inest. idcirco potest quis habere dominium in genere in uno fundo, & alter in eodem fundo particulare domi-
12 nium habebit † hanc ob rem Imperator, qui habet hoc dominium in genere, iure dicitur dominium in quolibet agro, ubique particulari habere. non ab re igitur, dominus totius mundi, in genere scilicet appellatur. uniuersum enim cuiusque territorij dominium apud eum est, qui eius territorij uniuersam habet proprietatem, idest apud ciuitates regimen habentes, seu apud eorum Reges, priuatorum uerò locorum priuata dominia apud eos sunt, qui priuatas, idest singulas acquirunt proprietates.§. singulorum. Insti. de rer.diuis. Ex his apparet, uniuersum dominium directum, totius mundi. ut genus generalissimum, in uniuersalia singulorũ territorium dominia diuidi: quæ in priuatorum dominia directa diuiduntur, sicut de genere generalissimo, & sub alterno dicimus. At si quispiam dicat, ergo erunt plures domini insolidum, contra. l. si ut certo.§. si duobus uehiculum.ff.commodo? Responde, duos posse fieri dominos insolidum, diuerso tamen dominio, ut in dominio directo, & utili alicuius fundi clare patet, directum enim est apud unum, utile uero apud alium, scilicet emphyteotam.l.1. si ager uectig. uel emph. pet. Ita in re nostra. uniuersum totius mundi dominium, ut genus generalissimum, est apud Imperatorem uniuersum uero dominium diuersorum territorium, ut genus subalternum, erit apud ciuitates, territorium dominas, seu apud eorum Reges. Priuata uero dominia directa, quæ in priuatis particularibusque rebus cõsistunt, erũt apud priuatos, idest singulos homines, nec huic sententiæ obstat.d.§. si duobus, fateor enim duos, non posse esse dominos insolidum, eodem dominij genere, seu specie, id quod non est in re proposita.

Reuertor nunc ad rem nostram, & ad.§. quos autẽ, ubi Imperator in hæc uerba ait, per legem tantum, uel per similis iuris constitutionem, ueluti per senatus consulta, & Principis constitutionẽ, fiunt hæredes, intel
13 lige tu directi.† Prætor autem qui in Vrbe ius reddebat, non poterat ius directum defuncti in alterum transferre, quia ipse non erat dominus, cum esset pars ciuitatis, ciuitas enim erat directa domina, ut supra dictum fuit. prætores autem solum creabantur, ut ius redderent, appellabanturque Prætores, quasi præitores, quia præibant iure, ut inquit Varro. quam ob causam Iustinianus appellat eos anteeessores, quod est idẽ quod præitores. Sed quia potestatem supplendi, adiuuandique iuris ciuilis propter utilitatẽ pub'icã habebãt.l. ius autẽ.§.1.ff.de iusti.& iur. ideo ipse prætor, ob publicã utilitatem, post mortẽ alicuius ciuis, omnia defuncti iura, utilia inquã, in cumulũ. quendã colligebat, efficiebatque quoddã uniuersum ius, ex omnibus defuncti iuribus, utilibus dũtaxat, deinde faciebat quãdã successionẽ, qua succedebatur in illud uniuersum defuncti ius; succedebatur inquã, nõ ab homine, sed à iure prætorio, illãque successionẽ appellabat bona.l.bona.ff.de bon.possess.in prin. postea edicto uocabat quem uolebat ad illa bona,
14 idest ad illã successionẽ, nã † nil aliud sunt bona in eo casu quã successio cuiusque uniuersitatis mortui, ut.d.l.bona. expresse dicitur, sicut hæreditas nil aliud est quã successio in uniuersum ius defuncti.l.hæreditas.ff. de reg.iur. Id quod est igitur hæreditas, iure ciuili, sunt bona iure prætorio. hæreditas enim est successio facta, nõ ab homine, sed à iure ciuili in uniuersum ius omniũ iurium defuncti tã utiliũ quã directorũ. bona uerò est successio facta.l.à iura prætorio, in uniuersitatem oĩum iuriũ utiliũ, ipsius mortui.

Cum ergo Prætor non esset directus dominus, non poterat in alterum directum dominium transferre, quod non habebat.l. traditio.ff.de acq.re.dom. & cõsequẽter nõ poterat hæredẽ directũ efficere. sola.n. ciuitas

S 2 poterat

poterat hæredem directum facere ipso iure, hoc est ipsa ordinationes Ciuitatis. ius .n. ut sæpius dictum iam est, est ordinatio ciuilis societatis. § ius autem in uer. nã quod Insti. de iur. na. gen. & ciuil. &. 1. Poli. poterant hi etiam facere hæredem quibus ciuitas ipso iure, hoc est ipsa ordinatione seu cõstitutione sua concesserat: hi autem sunt senatores, & princeps, nulli quidem alij soli præterquam Principi ciuitas hoc cõcessit: iccirco solus prætor hęredem facere nequit hoc ipsum inquit Imp. in. d. §. quos autem, cum inquit, quos autem solus uocat prætor, hæredes ipso iure non fiunt. habes ergo explanatum quid illa uerba ipso iure, quid'ue illa dictio solus, significent. habes præterea rationem quamobrem solus prætor hæredem directum facere non potest.

Naturali tamen equitate motus, uocabat Emancipatos, aliosque per bonorum possessionem, ad illud utile iure naturæ dominiũ quod non repugnat directo, ut uidemus hodie in emphyteoticario, & directo domino l. 1. & 2. ff. si ager uectigal. uel emph. pet. & quia hoc maximopere conducere ciuitati uidebatur, ciuitas ipsa passa est, hoc a prætore, fieri moxq; approbauit. Ex supradictis colligi potest, quid sit hæreditas, & quid sint bona: & profecto tantum hæreditas à bonis, quantum directum ab utile differt, siquidem hæreditas, est successio in uniuersum ius tam directum quam utile, iure tamen ciuili. d. l. nihil est aliud. & bona itidem est successio uniuersitatis cuiusq; qua succeditur in uniuersum ius utile ipsius mortui, iure duntaxat prætorio.

15 Deinde † prætor huiusmodi successione inuenta, proponebat edictum, quo uocabat nonnullos ad hæc bona, siue ad hanc successionem, pollicitabaturq; eis se daturum bonorũ possessionem, quæ possessio ita à prætore in edicto promissa, appellabatur edictalis, ex quòd in edicto erat promissa. At si quis a mortuo Prætore uocatus hanc bonorum possessionem acciepere cupiebat: id à prætore uiuo petebat. is autem prætor causa cognita, huic si iustum erat huiusmodi bonorum possessionem decernebat. l. bona §. si causa cognita. ff. de bonor. poss. quæ possessio ita a Prætore decreta, dicebatur decretalis. hodie uero sine decreto coram iudice agnosci potest. ut not. in. l. 1. C. qui admit. Et ut plenius faciliusq; hæc intelli-

16 gantur, rursus dicam, † mortuo aliquo ciuitas seu lex colligit omnia ipsius mortui iura, horum iurium tam utilium quam directorum, quendam efficit cumulum, in quem succeditur à ciuitate seu a lege, eaq; successio est quædam quasi puella omnium iuriũ defuncti domina, quæ a iure appellata est hæreditas. l. nihil aliud. ff. de uerbor. sign. & hoc est quod ait lex, nihil aliud est hæreditas, quam successio in uniuersum ius defuncti: successio inquam facta a lege, non ab homine. homo enim multo tempore post succedere potest. ut refert Bar. in. d. l. bona num. 3. Hæc autem puella, idest hæreditas, interdum ab ipso defuncto in testamẽto cuipiam spondetur: interdum a ciuitate, siue a lege defertur. tot. tit. de hære. quæ ab intest. def. Inst. & de hær. ab intest. uen. Aut. & is habet a ciuitate seu à lege ius adeundi hanc hæreditatẽ sibi promissam seu desponsatam: de quo iure adeundi plene loquitur Bart. in. l. is potest. ff. de acquiren. hæred. & ab ipsa hæreditate saparatum est. hoc. n. iure adeundi mediante, ueluti instrumento quodam, potest is cui delata est, etiam sola uoluntate hæreditatem adire. Instit. de hær. qual. & diff. §. fi. & triginta annos durat. l. licet. & ibi not. C. de iur. delib.

Adita hæreditate omnia iura in eum qui adiuit, transeunt. l. cum hæredes. ff. de acqu. poss. sed huic hæreditati, siue puellæ, nescio quid infortunii accidit, accepta. n. ab eo, cui uel à testatore, uel a lege desponsata est, illico moritur, cuius locum subit uocatus, seu sponsus, efficiturque hæres, id est dominus omnium iurium defuncti, quemadmodum illa puella prius erat: hæres enim idem est quod dominus. Inst. de hær. qual. & diff & not. in. l. 1. §. ueteres. ff. de acq. pos. & Bar. in d. l. bona. cõfundũtur præterea iura olim defuncti, cũ ipsius adeuntis iuribus, desinuntq; esse defuncti bona, ut in locis supradictis not. doc. in d. §. ueteres. At si forte uniuersũ illud ius defuncti, seu res quæpiã ipsius patrimonij post aditam hæreditatem ab alio hærede seu possessore detineretur, ei qui adijt, petitio hæreditatis ad id cõsequendũ datur. l.

datur.l. regulariter,&.l.licet.ff. de peti.hæred.quæ triginta annis durat.l. licet.C. de iur.delib.& ibi Docto. Sunt igitur tria,& quidem separata, hæreditas scilicet: & ius eam acquirendi seu adeundi, quod per aditionem efficitur: & ius petendi parrimonium siue hæreditatem ab alio possessam, id quod per petitionem hæreditatis fieri licet. Aduerte tamen non propriè dici petitionem hæreditatis,cum hæreditas sit extincta:quamobrem cum agimus petitione hæreditatis, petimus nos declarari esse hæredes, idest dominos illius uniuersitatis iuriũ defuncti, hoc tangit Bar.in. d.l. bona nu.3. &.4.hæc de iure ciuili.

Dicamus nũc de iure prætorio, quasi per
17 eadem discurrentes,†mortuo itaque aliquo prætor colligit omnia ipsius mortui iura,uti ita tamen, illorumque cumulum quendam efficit, in quem à iure succeditur: quam successionem,prætor appellat bona,sicut ius ciuile appellat hæreditatem. & quemadmodum hæreditas est successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit.d.l. nihil aliud, ita bona, est successio uniuersitatis cuiusque qua succeditur in ius mortui, suscipiturque eius rei commodum,& incommodum.l.bona in prin.ff. de bono.poss. & sicut ius ciuile defert hæreditatem quibusdam personis ab eo uocatis: ita & prætor suo edicto defert huiusmodi bona, quibusdam ab eo uocatis, utputa emancipatis liberis, agnatis, & cognatis,ut in suis titulis patet. Itẽ quẽadmodum ius ciuile,uocatis ab eo ius adeundi illam hæreditatem tribuit,ut supra dictũ est: ita Prætor his qui ab eo uocantur, suo edicto possessionem ad bona illa persequenda pollicetur, eamque petenti suo decreto decernit, quamobrem illa edictalis, hæc autẽ decretalis bonorum possessio appellatur. & & sicuti ius adeundi ab ipsa hæreditate separatum est: ita possessio à prætore promissa est quid separatum ab ipsis bonis. nõ est igitur bonorũ possessio una dictio,ut aiunt,sed duæ separatæ. Et ueluti is, qui habet à iure ciuili ius adeundi,potest eo iure adire, hæreditatẽque suo arbitratu accipere: ita is cui à Prætore huiusmodi possessio decreta erat, arbitrio suo per eã possessionem ueluti per instrumentum quoddã, illa bona, seu uniuersitatem seu patrimonium defuncti accipere potest & agnita siue admissa huiusmodi bonorum possessione, omnia iura utilia cõmoda incõmodaque hæreditaria,iure prætorio in agnoscentem transibunt.l.1. de bon.poss. ueluti iure ciuili,omnia iura directa, utilia que,adita hæreditate in hæredem transeũt. l.cum hæredes.ff.de acqui. poss. sed per hãc possessionem, poterat uocatus, non solum patrimonium, sed etiam rem particularem persequi,& nõ solum persequi sed retinere. hinc Iureconsf.in. d.l.bona, rectè definiens ait,possessionem esse ius persequendi, retinendique patrimonij siue rei, quæ cuiusque cum is moritur fuerit. At si ea bona ab alio possidentur, quemadmodum uocatus à iure ciuili,petitionem hæreditatis habet: ita is à Prætore uocatus possessoriam hæreditatis petitionem habet,per quam tantundẽ consequetur,quãtum hæres per petitionem hæreditatis.l.1.&.2.ff. de posses.hæred.peti. Sunt igitur hæc distincta,uidelicet,primum sunt bona, quæ est successio in uniuersum ius seu patimonium defuncti. Secundum est possessio,quæ est ius consequendi,retinendi que illud patrimonium: Tertium est possessoria hæreditatis petitio, per quam petuntur illa bona,si fortè ab alio quam ab eo cui à Prætore data sunt, possiderentur.

Solet etiam quæri, referat ne dicere bonorum possessionem, an possessionem bonorum? Respondeas nihil prorsus referre. est
18 tamen sciendum hanc † bonorum appellationem,bifariam posse capi, interdum.n.bona, est nomen iuris:& est successio quædam qua succeditur in ius uniuersum mortui, & huiusmodi bonorum appellatione, continẽtur omnia iura defuncti utilia duntaxat, nõ autem rerum corpora,& qui horum bonorũ possessionem accipit iurium duntaxat possessionem accipit: est enim hæc possessio iuris non autem corporũ.d.l. bona §.1.ff. de bo. posses. Interdum hæc appellatio bona, significat corpora ipsa:& qui hæc bona possidet, dicitur ipsorum bonorum possessionem habere,quæ possessio est facti uel iuris,ut plene in possessionis tractatu demonstratũ est. & de hac possessione loquitur titu.ff. de acqui. poss. iura enim cum sint incorporalia, possideri non possunt, ut.l.seruus.§. incorporales.

19 porales. ff.de acq.poss.† Nil itaque refert, an possessio bonorum, an bonorum possessio dicatur: sed uis est, an hæc appellatio bona, significet iura, ut.l.2.ff.de bonor.poss. an corpora ipsa, ut in tit.de acqui.pos.ff. quando igitur significat uniuersum ius, ut.d.l.2. si ue dicas bonorum possessionem, siue possessionem bonorum, idem est. Item quando significat corpora ipsa, poteris tuo arbitratu dicere possessionem bonorum, siue bonorum possessionem, & idem sine dubio erit.

Summarium

1 *Casus legis. Et nu.22.*
2 *In hac lege filius mortuus est non adita, nec repudiata hæreditate patris sui. & nu.2.*
4 *Et tam filius quam nepos erant in potestate Aui.*
5 *Successorium edictum non habet locum in suis hæredibus.*
6 *Nepos poterat iure ciuili Auo suo succedere, ut Agnatus.*
7 *Hæreditas non defertur filio ut suo, & agnato simul.*
8 *Suus hæres, ut excludat agnatum, requiritur ut se immisceat hæreditati.*
9 *Duo possunt esse hæredes insolidum: unus nomine, alter re & nomine.*
L. defunctis.C.de legiti.hæred.declaratur.
10 *Successorium edictum, duplex.*
11 *Dictionis, nisi, natura.*
12 *An nepos sit impedimento quin pater transmittat hæreditatem iure suitatis in hæredem extraneum. & quod non nu.18.*
13 *Successio parentum est debita iure naturæ filijs.*
14 *Dominium aliud uniuersale, aliud particulare. Et aliud ciuile, aliud naturale seu iuris gentium.*
15 *Legatario cur pro eadem re competat hypothecaria, & rei uendicatio.*
16 *Hæreditas alia iuris ciuilis, alia iurisgentium.*
17 *Hæreditatis transmissio alia iure suitatis, alia iure sanguinis quæ est naturalis.*
19 *Ad hoc ut quis sit suus, requiruntur tria.*
20 *L.2.§.si quis ex liberis.ff. ad tertul. declaratur.*
21 *Item & l.scripto.ff.unde liberis.*
22 *Intellectus nouus ad hanc .l.*

XLIX. DECLARATIO l.qui se patris.C. unde liberi.

HAec lex, ut Bar. inquit, difficilior est omnibus alijs in.C.scriptis. dicit etiā Paul.de castro hanc legem uideri non solum scolaribus, sed etiam Doctoribus horribilem. difficultas, ut arbitror, ex eius generalitate nasci uidetur: siquidem Imperator Constantinus ita inquit.

1 † Si auus habens facultates non mediocres, moriatur intestatus relicto filio, & nepote ex eo, deinde filius obierit superstite eius filio, hoc est aui nepote, qui uidens hæreditatem aui lucrosam, paternā uerò damnosam, negabat se patris sui hæredem, uolebat tamen auitam amplecti hæreditatem. quærebatur nunquid posset? respondet Imperator, à nepote iure ciuili id minime fieri posse, maxime si est emancipatus: iure autem prætorio poterit id effici.

Oritur itaque ut dixi, difficultas, propterea quòd Imperator nō aperit, an ille filius, idest pater nepotis adiuerit patris sui hæreditatem, an repudiauerit, an mortuus sit deliberans? item nec aperit, an filius, & nepos essent emancipati, an alteruter, uel uterque esset in potestate: quamobrem ut materia huius legis facilè cuique innotescat, non nulla prius declaranda sunt. Doctores ferè

2 omnes dicunt † patrem ipsius nepotis non adiuisse patris sui hæreditatem: & hoc pro comperto ut aiunt, haberi oportet: si enim pater nepotis, patris sui hæreditatem adiuisset, unum profectò ex duabus hæreditatibus patrimoniū effectum esset.l. sed si plures.§.filio.ff.de uulg.& pupil. not.doct.in.l.1.§.ueteres.ff.de acq.pos. quamobrem non posset nepos etiam iure prætorio paternā repudiare, auitam uero acceptare.l.1.& 2.ff.de acquir.hæred.&.d.§.filio. præterea, si adiuisset, non possent amplius dici aui facultates, sed filii. Insti.de hæred. qualit. & differ. in prin.& tamen Imperator appellat aui facultates. Sed fortasse quispiam paulo subtilior diceret, aui facultates.s.olim: id quod non facilè admitto. uerba enim intelligenda sunt de præsenti.l.si ita scriptū.ff. de aur.& arg.le.l.rutilia polla.ff.de contrah.empt. Si ergo pater nepotis hæreditatem minime adi-

me adiuit, uidendum est, an repudiauerit? nonnulli aiunt, illum repudiasse: id quod si uerum esset, illud uerbum negat, positum in tex. sine dubio, absque iuris effectu existeret, id quod esse non debet. nam ut Bar. inquit, Imperator uult ibi duo, unum tacitè, expresse alterum. expresse inquam ostendit nepotem qui repudiat paternam hæreditatem, non posse nisi iure prætorio auitam habere: tacite uero aliud innuit: nam cum dicat tex. qui se patris negat hæredem, innuit quod si uellet esse patris hæres, posset utique etiam aui hæreditatem ex persona patris etiam iure ciuili habere. Aduerte obsecro in hoc secundo membro, codicem Bar. esse mendosum. est enim superflua negatio illa. si igitur pater repudiasset, deinde filius, hoc est aui nepos, fieret patris sui hæres, nō posset iure ciuili habere auitam, nec ex persona quidem patris, id quod recipiendum nequaquam est: si quidem Imperator in tacito intellectu innuit, nepotem ex persona patris posse aui hæreditatem habere. item si pater repudiasset, non uideo quamobrem nepos non possit aui hæreditatem etiam de iure ciuili amplecti, cum esset separata a patris sui hæreditate. argu. l. 2. §. sed si sui. ff. ad Tertul. Restat itaque legem

3 hanc esse intelligendam, † quando filius, hoc est pater nepotis, nec adiuit, nec repudiauit sui patris hæreditatem, & in hanc sententiam ferè omnes doctores tam antiqui quam recentiores. d. l. qui se patris, pedibus eunt, a qua nec ego discedo. Et si hoc modo intelligatur hæc lex, illa uerba negat se hæredem. non ab re posita sunt in tex. propterea quod si non negaret se patris hæredem, sed eius esset hæres, sine controuersia ipse nepos iure ciuili posset auitam habere hæreditatem ad se, uel iure suitatis, uel iure sanguinis à patre transmissam. l. apud hostes. C. de suis & legi. hæred. l. unica C. de his qui ante aper. tab. & huiusmodi interpretationi secūdum Doct. omnia sunt consentanea. Stet igitur firma conclusio hæc. Filius, hoc est pater nepotis, mortuus est, neque adita, neque repudiata sui patris hæreditate.

Nunc uidendum est, an lex hęc loquatur

4 de utroque emancipato? breuiter † dubium non est, quin de utroque emancipato nequaquam loquatur. esset enim de indubitabili casu, contra. l. quod labeo. ff. de carboni. edicto. Emancipatus enim iure ciuili nihil iuris habet. Insti. de hæred. quæ ab intest. defe. & minime dici potest, patrem nepotis fuisse emancipatum, nepotem uero in potestate retentum: eo enim casu, nepos fuisset suus hæres auo. §. ita demum. Instit. de hæred. quæ ab intest. defe. §. sui. Insti. de hæred. qual. & diffe. quocirca posset iure ciuili auo suo succedere, etiam repudiata patris emancipati hæreditate, id quod apertè in hac lege negatur. erat igitur pater nepotis in potestate, ut omnes cōfirmant. Adde præterea hanc legem non posse intelligi, ut loquatur de nepote emancipato. esset. n. contra tex. qui etiam in eo qui in potestate existit locum habet, dum ait, maxime emancipatus. quod ostendit idem esse, etiam si in potestate fuisset, ob dictionem illam maxime. Reliquū est, ut hic tex. intelligatur & de patre, & de nepote q̃ sub potestate erāt. Hoc supposito, quæri solet, an nepos repudians patris sui hæreditatem, possit etiam iure ciuili aui hæreditatem accipere? Doct. & glos. asserunt nepotem nullo pacto posse iure ciuili aui hæreditatem amplecti, repudiata patris sui hæreditate: id quod a partium enumeratione ita ostendunt. aiunt enim, aut nepos uult auo succedere ut suus hæres, & non potest propterea quod pater eius tempore mortis aui illum præcedebat, quo casu nepos non est suus hæres. d. §. sui. & d. §. ita demum. Et si quispiam diceret, non ne mortuo patre, nepos per successorium edictum, ut suus hæres potuisset auo succe-

5 dere? respondent Doctores, † successoriū edictum in suis minime locum habere. l. 1. §. sciendum. ff. de suis & leg. hæ. & maxime, ex. l. duodecim tabularum, qua non poterant filii, non esse hæredes. §. sui. Insti. de hæred. qual. & dif. successorio enim edicto locus erat, quando proximior, aut spernit hæreditatem, aut antea quam adeat mortem obiit. §. placebat. Insti. de legi. ag. success. in princ. & licet filius permissu prætoris possit hæreditate patris abstinere. d. §. sui uersi. sed his permittit prætor, tamen ipso iure remanet sine dubio hæres.

L. 1. §.

l.1.§.qui sunt in potestate.ff. si quis omis. cau. testa.& suitas non est nisi unius gradus capax,ut Doc. fatentur. Stet ergo firma cõclusio hæc ex communi Doctorũ sententia, uidelicet, nec olim, nec hodie in suis hæredibus datur successorio edicto locus,hoc est, ut exclusis filijs in primo gradu, admittantur nepotes,ut sui hæredes. ratio est, quod nepotes nunquam existunt sui hæredes,nisi uiuente auo,filij desinant esse sui hæredes.d. §. ita demum. Ex his satis constat, secundum scribentes, nepotem non potuisse auo iure ciuili, ex capite suitatis succedere. Subdunt deinde, nec ut agnatus, legitimo iure succedere poterat, licet enim ipse nepos esset agnatus auo.§.1.insti. de leg.agna. success. tamen cum tempore mortis aui,pater nepotis esset proximior agnatus cum esset in primo gradu, non poterat nepos uti agnatus proximior succedere.§. si plures. Insti.de legi.agna. success. si igitur pater nepotis erat proximior,consequens est,nepotem non potuisse agnationis iure admitti. Nec obstat,si quispiam dicat,si pater nepotis non adiuit hæreditatem, id quod perinde est ac si fuisset exclusus, debebat nepos per successorium edictum,ut sequens agnatus admitti: ad hoc: respondent Doc. affirmantes tempore.l.qui se patris,inter agnatos successorio edicto locum non fuisse, ita ut excluso primo agnato, sequens admitteretur.l.post cõsanguineos in prin.ff. de suis & legiti hæred.&.d.§. placebat in prin.excluso enim primo agnato, admittebatur Fiscus. Ex his concludunt Doctores, tempore huius legis & in eius terminis, nepotem iure ciuili non potuisse habere aui hæreditatem, si negabat se patris sui hæredem non enim ut suus hæres,nec ut agnatus, ut ipsi aiunt, de iure ciuili, id facere poterat, nec etiam ut cognatus, cognati enim iure ciuili non admittabantur.Insti. de successio cogna. nec iure ciuili sunt alij ab intestato succedendi modi. sequitur itaque à partium enumeratione, nepotem ipsum non potuisse iure ciuili aui facultates suscipere.& hanc ob causam Imperator ait, nepotem duntaxat iure prætorio posse aui hæreditatem cõsequi. Et hæc est omnium ferè scribentium opinio.

At huiusmodi communis intelligentia, mihi semper displicuit. quamobrem,aliam excogitaui,quam deinde subdam. sed prius communis hic intellectus reijciendus est,ut igitur hoc fiat, hanc conclusionem teneo:
6 uidelicet,in terminis huius legis † nepos poterat auo suo iure ciuili succedere. Hac posita,sequitur altera, scilicet, intellectus communis ad eam legem,non est bonus. Ostendendum est igitur, nepotem iure ciuili potuisse auo succedere: id quod ut arbitror facilè fiet, si leges sincerè uelimus intelligere. audi igitur, Doctores dicunt, nepotem non potuisse auo,ut suum hæredem succedere,uerum aiunt,ipsisque libenter in hoc assentior: sed dum deinde subdunt, nec ut agnatum potuisse id facere, ab ipsis proculdubio dissideo, ausimque dicere, eos in hoc errasse. Et pro ueritate sciendum est,hæreditatem alicuius, primum de ferri suis hæredibus. Insti. de hæred. quæ abintes. defe. deinde agnatis. Insti. de legi. agnato. successio.ubi Imperator in hæc uerba loquitur si nemo suus extat, nunc ex.l. duodecim tabularum ad agnatum proximum hæreditas pertinet. hoc igitur posito, quæro ab illis, aut hæreditas filio, hoc est patri nepotis ut suo hæredi,& agnato simul, aut ut suo hære di duntaxat, delata fuit? Si dicerent delatam esse ut suo hæredi,& agnato simul,aperte dicent contra tex. de legi. agna. success. in prin. ubi dicitur, si nemo suus hæres extat, tunc hæreditas pertinet ad proximiorem agnatum, nota. dictionem tunc, qua temporis extremum significatur. l.3. ff. de
7 condi.& demon.ergo apparet, † hæreditatẽ non deferri agnato,nisi suo hærede penitus excluso, & licet in filium in potestate, duæ concurrant qualitates,suitas uidelicet,& agnatio,tamen ea quæ potentior est,præfertur. arg.l.quæritur.ff. de stat.homin.& apertè id ostendit.l.1.§.sed uidendum.ff. de succes. edic.ubi filius exclusus à capite unde liberi, ipsemet ex capite unde legitimi succedit. apparet igitur clarè ibi,non concurrere simul has qualitates, uidelicet unde liberi, & unde legitimi: nec hæreditatem simul alicui,ut suo hæredi,& ut agnato deferri,alioquin efficeretur, ut filius exclusus ab uno capite,esset etiam ab altero exclusus, id quod nequaquam

nequaquam recipiendum est.d.§.sed uidendum. Et ex his uerè concludi potest, hæreditatem filio, ut suo hæredi, & ut agnato, simul minime deferri.

At si Doctores dicant, hæreditatẽ prius filio, ut suo hæredi duntaxat deferri, ut conclusum est, tũc ab eis quærum: quamobrem non potest nepos iure ciuili, ut agnatus admitti, cum iure ciuili si non extant sui hæredes, proximior agnatus sine dubio, uocetur. Insti.de legi.agna. succes.in prin.& proximior consideratur tempore quo hæreditas defertur.l.scripto.ff.und.libe.&.§. proximus.Inst.de legi.agna.suc.& nepos, hic erat proximior tempore, quo delata fuit ad agnatos legitima hæreditas: deferri enim nõ potuit ad agnatos, nisi post mortem patris, patris inquam nepotis, ante autem ut supra cõclusum est filio, ut suo hæredi, duntaxat delata fuerat. Potuit itaque nepos ex lege duodecim tabularum habere aui hæreditatem, illa.n.lex, si suus hæres non extat, proximiorem uocat agnatum: ait enim, agnatus proximus, familiam habeto.l. pronunciatio.ff. de uerb.& rer. signi.sed nepos, ut dictũ est, eo tempore erat proximior agnatus, tempore inquã quo delata est hæreditas aui ad agnatos, ergo ut agnatus iure ciuili admitti poterat. Sed uidetur obstare, nam pater etiam erat agnatus, & filius, hoc est nepos erat etiam agnatus, ergo nepos ut agnatus succedere non poterat: quoniam eo tempore inter agnatos, successorio edicto locus non dabatur.d.§. placebat. sed hoc minime obstat, fateor enim inter agnatos, non habuisse locum successorium edictum, hoc est, ut excluso primo agnato, admitterentur sequentes: sed in casu proposito, à capite agnationis exclusus est nemo, si quidem patri nepotis, ut dictum est, delata erat hæreditas, ut suo hæredi duntaxat, non autem ut agnato: uamobrem post eius mortem agnationis caput intactum reperiebatur, & eo tempore nepos erat proximior agnatus. poterat igitur iure ciuili, ut proximior agnatus aui hæreditatem suscipere. Sed dicet aliquis subtiliori fortasse ingenio, uerum esse, post suos hæredes, uocari agnatos, quãdo sui hæredes tempore mortis non extant, hoc est non uiuunt, & ita procedat tex.Insti.de legi. agna.succes.&.l.1.§.post consanguineos ff. de suis & legiti. hæred.at si tempore mortis, sui extant hæredes, ut in casu nostro, non possunt agnati succedere, eam ob caussam quia sui etiam si abstineant sunt hæredes.l.1.§. qui sunt in potestate.ff. si quis omiss.cau.testa. Et ideo si diceremus, excluso filio, quia obstinuit, & mortuus est nec, adita nec repudiata hæreditate, agnatos admitti, sequeretur duos esse, eodem iure insolidum hæredes, quod esse minime potest.l. quod contra.§.uni duo.ff.de regu.iur. Sed hæc facile reijci possunt, & primum dum dicebatur ita demum admitti agnatos, si sui hæredes non extant: si exponas non extãt, hoc est non uiuunt, falsò expones, nõ enim simpliciter. Imperator dicit, si nemo liberorum extat, sed addit, si nemo suus hæres extitat, hoc est, si nemo liberorum est hæ-

8 res: necesse †est igitur filium extare, & amplecti hæreditatem, ad hoc ut agnatus excludatur, ita dicit glos. Inst.de leg. ag. suc. in uers. extat, alioquin si extaret, & hæreditati minime se immisceret, non obstaret quo minus agnatis iure ciuili, legitima deferreretur hæreditas.l.2.§.sed si sint.ff. ad Tertull. Quod autem hoc sit uerum apertè ostenditur in.l.1.§.sed uidendum.ff. de succ. edic.ubi filius suus hæres extabat, hoc est uiuebat, & exclusus à capite unde liberi, potest ut agnatus succedere, non igitur sufficit, suum hæredem uiuere, sed necesse est, ut se hæreditati immisceat, nudum enim sui hæredis nomen, non est impedimento, quo minus hæreditas ad agnatos deferatur. d.§.sed si sint. Præterea. nec obstat, dum aiunt, si ita esset, duo hæredes insolidum iure ciuili existerent? Ad hoc enim respondeo, duos non posse nomine & re, insolidum iure ciuili, esse hæredes: & ita loqui-

9 tur.d.§ uni duo. sed †ut unus nudo nomine, alter uerò re, & nomine sit hæres, nihil est quod prohibeat. id quod manifestissime ostendit.l. defunctis.C. de legi. hær. quæ (ut doct. aiunt) fuit de farina Bar. ibi enim duo clare probantur: unum, quod existente, hoc est uiuente suo hærede atque abstinente, sequentes agnatos iure ciuili admitti posse. Alterum item, hoc est duos iure ciuili posse insolidum fieri hæredes, id

T est suum

est suum hæredem ratione suitatis, nudo tamen nomine, & re & nomine simul, quo fit ut hæres suo nomine, non sit impedimento, quo minus agnatus possit iure ciuili succedere, ex illa ergo lege quæ fuit multo ante hanc.l. qui se patris, clarè constat, ueram esse meam conclusionem paulo ante formatam, uidelicet.in.l. qui se patris, nepos poterat iure ciuili, ut agnatus aui hæreditatem, patre suo mortuo abstinente, accipere. Et quia.d.l.defunctis, clarè probat hanc nostram conclusionem, quæ est cōtra scribentium opinionem, hanc ob causam illam refellere uarijs modis enituntur. & in primis Bal. hic ait, si illa lex defunctis, ita intelligeretur, totum mundum destrueret: quamobrem intelligenda est secundum hanc.l.qui se patris, uidelicet. ut agnati ibi iure prætorio, non autem ciuili admittantur. Sed hæc Bal. responsio diuinat, & est contra illum titulum, in quo de successione ciuili non autem de prætoria agitur, id quod Bal. animaduertens, alio modo in.d. l.defunctis, respondet, ait enim filium ibi abstinuisse, eo quod pater abstinendi facultatem ei concesserat: quam ob causam erat uoluntarius hæres, qui nisi adeat nullo modo est hæres, & si non est hæres iure admittuntur agnati. & ista hæc responsio plusquam superior diuinat, id quod fieri non licet. Aut.de imperfect.test. in prin. Reiecto itaque Bal. succedit Alex. dicens, defunctis, loqui in transuersalibus: quamobrem ad descendentes non est extendenda. hæc responsio multis non placet, nec mihi quidem, si enim transuersalibus conceditur, quamobrem descendentibus hoc concedi non debeat, profectò diuersitatis ratio reddi non potest? arg.l. posthumi de iniust. rup. test. l.illud.ff. ad.l. Aquil. Postremo Ias. hic dicit.l. defunctis, locum habere, quando suus hæres abstinuit, uel repudiauit: quo facto non est, impedimento, quo minus agnatus iure ciuili succedat. ratio est secundum eum, nam ex quo suus hæres iure abstinuit, nudum illud hæredis nomen, quod ob suitatem restat, non debet obesse quin alius iure ciuili admittatur.d.§. sed si fine sui. sed.l. qui se patris inquit ipse, loquitur de patre nepotis, qui aui hæreditatem nec adiuit nec repudiauit: quo casu, nepos.ipse non admittitur, nisi iuris prætorij æquitate, & subdit hanc esse ueritatem.

Sed hæc sua interpretatio facilius quàm superiores reijci potest. est enim falsa, & à falso cito discrepat uerum. Arist. 1. Eth. audi igitur, quid ipse uelit, ait enim in.l. defunctis suum hæredem abstinuisse seu repudiasse: in.l. uerò qui se patris, nec adiuisse hæreditatem. nec repudiasse, bonæ Deus, quid.n.aliud est dicere, nec adiuisse nec repudiasse, quàm abstinuisse? Ex his satis constat in.d. l.defunctis, clarè probari conclusionē hanc, uidelicet: existentibus atq; abstinētibus suis hæredibus, agnati iure ciuili admittuntur. Patet etiam in.l. defunctis, non probari inter agnatos habere locum successorium edictum: sed tantum inde hoc colligit uidelicet, ex capite liberorum, in caput agnatorum successorio edicto locum esse, id quod clare probari potest, ex ijs quæ supradicta sunt, dum communem intellectum ad.l.qui se patris reprobaui, ibi uideto.

10 Præterea non est omittendum, † successorium edictum duobus modis locum habere, de capite scilicet in caput, & de gradu in gradum. est enim caput, digressio quædam ex liberis in agnatos, & ex agnatis in cognatos, capita autem sunt quatuor.l. 1. in prin.ff.si tab.test.nul.exta. gradus uero est, dinumeratio in eadem linea per superius & inferius. ita Bal. in rub.C. de succes.edic.

Non est omittendum, in una persona posse plura capita locum habere. potest enim filius ex capite unde liberi succedere: à quo exclusus, poterit ex capite unde agnati idem facere, si nemo ex liberis existat, qui eum excludat: & item ex hoc exclusus, ex capite unde cognati, ipse idem admitti poterit. Confirmo itaque in.d.l. defunctis, non habere locum successorium edictum ex gradu in gradum, hoc est ut excluso primo agnato alius admittatur, ibi enim nemo, ut agnatos à capite agnationis, exclusus est, sed solum filius ex capite unde liberi, seu suitatis erat exclusus, cum ibi filius repudiauit uel abstinuit, quamobrem ut suus hæres à capite suitatis, non autem ut, agnatus à capite agnationis exclusus fuit, poterat igitur alius ex capite agnationis: à quo

à quo nemo exclusus erat, iure ciuili merito succedere, ut supra demonstratum est.

Stet ergo firma conclusio hæc.l. defunctis.C.de leg. hæred. non probat successorium edictum, inter agnatos ex gradu in gradum locum habere hæc obiter dicta sunt.

Redeo iam ad rem propositum uidelicet ad.l. qui se patris, ex qua firmauimus hanc conclusionem uidelicet: Quod nepos poterat iure ciuili suo auo succedere.

11 Contra hanc hoc modo arguitur, † dictio nisi, quando orationi adiungitur, negatiuæ, quicquid post se inuenit ui sua confirmat, quod uero eam præcedit omnino destruir.ita scribentes in.l. actione.C. de tran sac. at in.l. qui se patris. ita scriptum est. nepos non potest aui facultates suscipere, nisi per bonorum possessionem, &c. ergo dictio, nisi, ibi orationi negatiuæ adiuncta omnem iuris ciuilis successionem omnino remouet, successionem uerò quæ fit iure prætorio concedit, non est igitur uera conclusio supra firmatar? Sed huiusmodi argumentum, conclusioni supra firmatæ minime obstat. licet sit uerum, habeatque locum in casu.d.l.qui se patris, in qua Imperator non decidit, nepotem non posse succedere auo suo, ut proximiorem agnatum. nam ut supra demonstratum est, excluso, patre, ut suo hærede, seu ex capite unde liberi, nepos ut agnatus iure ciuili, admitti poterat, & hoc non negar.d.l. qui se patris. quæ secundum nostram nouam declarationem, quæ infra subijcietur, hoc solum ponit, uidelicet, an Aui facultates possint à patris hæreditate separari, & nepoti qui negabat se patris hæredem concedi: Imperator decidit, hoc iure ciuili fieri non posse, sed iure duntaxat prætorio. ratio diuersitatis infra in nostra declaratione reddetur, & in hoc procedit argumentum.

Fuit præterea, ex communi opinione supra conclusum, patrem nepotis mortuum fuisse, nec adita, nec repudiata patris sui hæreditate, cui conclusioni maxima obijci tur difficultas, ea quidem, talis est. Si

12 pater,† nec adita nec repudiata hæreditate obijt, non est dubium quin iure suitatis, illã hæreditatem ad eum qui sibi extiterit hæres, etiam si sit extraneus trãsmiserit.l. apud hostes.C.de suis & legi.hæred. Bar.in.l.si in fanti.C.de iur.delib. quo nam igitur pacto, si nepos negat se patris hæredem, poterit habere aui hæreditatem, iure suitatis transmissam ad eum, puta fratrem, qui patris aditurus est hæreditatem, cum is, ad quẽ transmittitur hæreditas, sine dubio præferatur alijs l.2.§. si quis ex liberis.ff. ad Trebel. si præfertur alijs, ergo & nepoti, qui uult, ut agnatus per successorium edictum auo succedere. ius enim adeundæ hæreditatis, iure suitatis transmissum, potentius est successorio, educto, uincit enim ius accrescendi.l. 1.C.de his qui ante apet.tabul. ius autem accrescendi sine dubio successorio edicto ante ponitur. not. Doc. in.l. prima.C. quando non peten. par. Hanc igitur difficultatem animaduertens Bar.hic dicebat nepotem, ita demum admitti, si hæres patris, puta eius frater, repudiasset aui hæreditatem ad se transmissam, quæ ita repudiata poterit à nepote sine controuersia suscipi. & hanc Bar. responsionem, sequuntur omnes ferè Doctores. ut refert Alex.in.d.l.qui se patris in.10. col. quæ mihi minime placet: diuinat enim, ab hærede patris, repudiatam esse Aui hæreditatem: diuinare autem non licet. Aut. de imperfec. testa.

Præterea non possum adduci, ut credam hæredem illum patris nepotis tam opulentas aui facultates repudiasse, nec est præsumendum.l.cum de indebito.C. de proba. Remanet itaque ea difficultas, quamobrem alij, alijs modis enituntur eam dissoluere, sed quia partim alius ab alio reprobatur, partimque ad specialia recurritur, hanc ob causam, diu, cogitaui, quo nam pacto ea difficultas tolli posset, tandem Dei gratia, inueni ut arbitror uiã, qua facile dissoluatur. & pro huius rei intelligentia pręmittendum

13 est † parentum successione, ratione naturali liberis debitam esse.l. cum ratio.ff. de bon. damna.l. scripto.§. fin.ff. unde legit. propter quod, & iure ciuili suorum hæredum nomen eis indultum est.d.l. cũ ratio. non enim successio est debita, eo quod sui sint hęredes, sed è cõtrario, quia successio iure naturæ liberis est debita, suorum hæredũ

nomen à iure ciuili indultum est. Item ea successio non solum filijs, sed successiue etiam nepotibus debita est. id quod aperte demonstrat Imperator in l. unica.C.de his qui ante aper. tabul ubi hæreditatem iure sanguinis trasmissam, possunt nepotes tanquam debitam uendicare, si uendicant, ergo sunt domini.l. in rem.ff. de rei uendica. nec dicat quispiam ideo uendicant, quia transmissa est, non enim transmissa est, ut adita, sed ut adeunda.l. si quis filium familias. & ibi Bar.ff. de acquir. hæred. si igitur est à nepotibus adeunda: ergo iura, & consequenter dominia, in ipsos non transierunt.l. cum hæredes.ff. de acqui. possess. non igitur ob transmissionem, ibi uendicant, sed quia, iure naturæ eis est debita, & consequenter sunt quasi domini.l.in suis. de libe. & posth.ff.

14 Item prætermittendum non est, † duplex esse dominium, unum scilicet uniuersale, alterum particulare: exempli causa, Imperator uniuersale totius mundi dominium habet.l. deprecatio.ff. ad.l. rhod. de iac.alij uerò habent singularum rerum dominia. hæc duo dominia inter se pugnantiã non habent, sicut nec genus, & species, ut supra in declaratione.48. Rursus dominium, quoddam est ciuile, quoddam naturale, seu iurisgentium. ciuile quidem potest sine naturali apprehensione, sineque corporis instrumento acquiri.l à titio.ff. de fur.l.fi.C.de sac.san.ecc. Naturale uero sine apprehensione, sineq; corporis instrumento acquiri minime potest.l.traditionibus.C. de pact. tot. titul. de rer. diuis. Insti. Hoc clarè in legato constat. legato enim fundo, statim sine aliqua apprehensione, à morte testatoris, uel saltem ab adita hæreditate, dominium, recta uia in legatarium transit. d.l.à Titio.ff.de fur.dominium inquam ciuile, propter quod legatario, competit rei uendicatio, quæ soli domino datur.l. in rem.ff. de rei uend. dominium uerò naturale remanet penes hæredem, hanc ob causam competit legatario, personalis actio, quæ ad aliquid dandum, faciendumue datur. Insti. de actio.§.1. competit igitur ad dandum fundum, non quo ad dominium ciuile, quod habet, cum res sua, eo modo, quo sua est, amplius sua fieri non possit.§. sic itaque discretis. Insti. de actio. sed quo ad dominium naturale, quod penes hæredem remensit. datur etiam legatario hypotecaria profundo ipso legato, ut alias diximus. Ex quo satis constat, non omne dominium translatum esse in legatarium, cum pignus rei suæ non queat consistere.l.neque pignus.ff.de regu. iur. competit igitur hypothecaria ratione dominij naturalis, quod in ipsum sine traditione, seu corporis apprehensione non transit.

Et licet scribentes dicant legatario in alijs rebus defuncti dari hypotecaria: tamen hoc esse falsum ostendit Imperator in.§.nostra. Insti. de lega. cuius hæc sunt uerba, liceat legatarijs id, hoc est, rem legatam persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & hypothecariam.

15 poteſt itaque † legatarius per hypothecariam consequi id, quod legatum est: ergo, necessario sequitur, hypothecariam pro re legata competere: si pro re legata, ergo non erat legatarij.d.l.neque pignus. si non erat legatarij quo nã modo legatarius habet in rem actione, quę duntaxat domino competit.d.l.in rem? Necessario igitur dicẽdum est, dominiũ, alterum esse ciuile, naturale alterum. & quia ciuile, mortuo testatore, fictè, adita uerò hæreditate in legatarium uere transiuit. hanc ob causam ei, in rem actio competit, naturale autem penes hæredem remansit: idcirco & personalis, & hypothecaria actio legatario datur. hæc obiter dicta sint. Quod autem sit dominium, alterum naturale, ciuile alterum, aperte patet in.l. in rebus.C. de iur. dot. ubi fundi dotalis dominium ciuile transit in maritum dominium uerò naturale, penes uxorem remanere, Imperator affirmat. ibi enim Imperator in hæc uerba ait, cum eædem res, & ab initio uxoris fuerant, & naturaliter in eius permanserunt dominio: nõ.n.quod legũ subtilitate transitus earũ in patrimoniũ mariti uideatur fieri: ideo rei ueritas deleta, & cõfusa est. hæc Imperator ad uerbum. posset ne clarius Imperator demõstrae, dominiũ esse duplex ciuile.s.ꝙ legum subtilitate in mariti patrimoniũ trãsit, & naturale, ꝙ re uera in dominio uxoris remãet.

Item

16 Item præmitto† duplicem esse hæredita tem,unam scilicet iure ciuili: alteram iure gentium. qui habet ciuilem tantum, habet duntaxat uniuersum illud ius defuncti, cum hæreditas sit successio in uniuersum ius, quòd defunctus habuit.l. nihil est aliud.ff. de uerbor. signi. non tamen habebit rerum singularium dominium: erit igitur in nudo nomine hæres.l.2.§ si d si fint.ff. ad Tertul. Quod autem iure gentium sit hæreditas, sine lege id tibi facilè persuadere potes. nam antequam essent ciuitates, & consequenter antequam esset ius ciuile, erant rerum dominia, quæ iure gentium introducta sunt.l. ex hoc iure.ff.de iust.& iur.& eo etiam tempore, quum ad huc non erant leges homines moriebantur: hanc ob rem ratio naturalis,quasi lex quædam tacita,liberos ad debitam parentum hæreditatem uocabat.d.l. cum ratio.ff.de bon. dam. nam eo iure Isaac Abraham patri suo, Iacob autem Isaac successit,& sic alii aliis,ut legitur in ueteri testamento.si igitur ratio naturalis liberos, ad parentum hæreditatem uocabat.d.l cum ratio sequitur, hæreditatem iure gentium fuisse. ratio, enim naturalis, ius gentium apud omnes gentes constituit.§.ius autem. Insti.de iur. natu. gen.& ciuil. & ex his facile constat, duplicem esse hæreditatem unã ciuilem, naturalem alteram. Præterea testamentum erat iure naturali, ut Bar. in l.interdum.ff.de condit.indeb. ergo & hæreditas, sine qua testamentum esse non potest.§ ante. Instit. de lega. Et quemad-
17 modum duplex est hæreditas, ita † duplex est hæreditatis transmissio,una quæ fit iure suitatis etiam ad extraneos.l.apud hostes. C.de suis & legit.hæred. Et quemadmodũ suitas est iure ciuili introducta.d.l.cum ratio. ita & transmissio, quæ ob eam fit, est ciuilis. causa enim effectum sibi similem producit.l.manumissiones.ff.de iusti.& iur.

Is igitur ad quem fit huiusmodi transmissio,si non adeat hæreditatem, habebit solũ illud uniuersum ius, eritque nudo nomine hæres.d.§.sed si fint.

Altera est transmissio naturalis, quæ fit iure sanguinis, qua parentum hæreditas in descendentes, quasi naturali ratione debita,transmittitur.l.unica.C.de his qui ante aper.tabu.& d.l.cum ratio.

His præmissis uenio ad propositam dif-
18 ficultatem,in qua dicebatur,si † nepos negat se patris hæredem, quo nam pacto poterit aui facultates suscipere, cum illæ iure suitatis in eum, qui erit patris hæres transmissæ fuerint? ad hoc dicito, hæreditatem aui, prout est iuris ciuilis, iure suitatis tran missam esse in eum qui erit hæres patris ne potis,sit licet extraneus. at,ut est iurisgentium,transmissa est iure sanguinis in nepotem, cui iure naturæ debita erat.d.l. cum ratio. hanc autem naturalem transmissionem, ciuilis transmissio, quæ iure suitatis fit, impedire minime potuit. ciuilis enim ratio, ciuilia tollere potest, naturalia utique non.§. fin.Instit. de legi.agnat. tutel. si itaque nepos, & ille patris hæres, ut puta frater, simul uelint aui facultates accipere, præferendus est nepos, tum quod ei iure naturæ aui hæreditas debita est,tum etiam quod iure sanguinis in eum transmissa est: præferendus est inquam ei in quem licet facta fuerit duntaxat ciuilis transmissio, tamen ei iure naturæ non est debita hæreditas duo enim uincula magis stringunt. Aut. itaque.C.communia de success. uendicabit igitur nepos aui hæreditatem sibi debitam, a quocunque possidente. d.l.unica.C.de his qui an. ap.tab. in uersi.si bi tanquam debitam uendicare.

Et ex his arbitror sublatam esse difficultatem. Sed quia supra dictum est aui hæreditatem ordine naturæ etiam nepoti debitam esse, posset quispiam dicere,si nepoti quemadmodum & filio debetur, quam ob causam nepos potest præteriri, filius uerò minime. Inst.de exhæred. lib.§. posthumorum? Dicas rationem esse, quòd pro forma inductum est, ut suus hæres uel instituatur,uel nominatim exhæredetur, ita dicit Christo. in Insti. de exhæred. lib. in prin. causa autem huius formæ inducendæ fuit, ut inquit ipse suitas,quæ uiuente filio in nepote non est. quare cessante causa,cessat effectus.l.generaliter.C.de episc. & cler. non tamen sequitur,nepos non est suus hæres, ergo aui hæreditas ei iure naturæ debita nõ est,cum prius fuerit hæreditas ratione naturali ei debita, quam suitas inuenta fuerit.d. l.cum.

l.cum ratio. cum igitur nepos non sit suus, non est mirum si præteriri potest. Rursus si quæratur quamobrem nepos cui iure naturæ, ut dictum est, debita est hæreditas, estque in aui potestate.§.ius autem. Inst.de patr. potest. quamobrem inquam non est suus hæres. Respondetur quemadmodum domus constat ex tribus, uidelicet, solo, tecto, & pariete, quorum unum si deficiat nō est domus.l.eum qui ædes.ff. de usucap. &
19 ibi not. ita † suitas ex tribus integrantibus partibus constat, quæ simul ei, qui suus hæres futurus est, adesse debent. Prima est, ut ille sit in potestate. Secunda ut in primo sit gradu. Tertia ut bona parentum sint ei debita. Probat hæc.§.posthumorū. Insti.de exhæred lib.§.sui. de hæred. qual. & diff.&.d.l.cum ratio.ff.de bon. damn. ex his tribus partibus si una deficiat, non est quis hæres suus. Quocirca licet nepos sit in potestate eique bona aui natura debeantur, tamen cum non sit in primo gradu, suus hæres esse non potest.d.§. posthumorum. suitas enim, ut dicit Iason hic est adeo nobilis, ut non queat nisi unum gradum contineri. si igitur nepos non est suus hæres. merito præteriri potest. Rursus si quæras quam ob causam est inductum, ut potius sit suus hæres is, qui est in primo gradu, quam is qui in secundo existit? Respondetur hoc esse iure legitimo inductum, quod à principio nihil refert sic, an non sic se habeat: sed ubi positum est, mirum in modum refert. Aris. 5. Ethi. Et ita responderi potest, quærenti cur in codicillis quinque & non quatuor testes, & in testamento septem & non octo adhibendi sint? & in mille aliis.

Sed huic nostræ opinioni hoc est nepoti debitam esse aui hæreditatem, obijcitur.l. in suis.ff.de lib. & posthu. ibi enim dicitur, in suis hæredibus fieri continuationem dominii: quasi olim domini essent, cum uiuo patre quodammodo domini existimarentur: sed in nepote non continuatur dominium, non est igitur quasi dominus. si non est quasi dominus, non est igitur ei debita hæreditas? Ad hoc dicito, in filium ob suitatem, quæ est iuris ciuilis, ciuile duntaxat dominium continuari, dominium uerò iure gentium & consequenter ratione naturali inductum, ob suitatem minime continuatur, sed per naturalem aliquem actū, instrumento corporis interueniente, acquiritur, utputa per bonorum administrationem.d.l.in suis. cum igitur nepos non sit suus, meritò ciuile dominium in eum non continuatur. neque ob id sequitur, nepos non est suus, ergo bona aui non sunt ei debita, quippe cum bona matris sint debita filiis.l. scripto.§.fin.ff. unde liberi. & tamen non sunt sui.§.cæteri. Inst. de hæred. qual. & diff. nec in eis fit illa dominij continuatio. Sed dicet quispiam, si nepoti bona aui, sicuti & filio debentur, quamobrem non succedit simul cum filio? dicas duplici iure filio deberi bona, naturali scilicet & ciuili, nepoti uerò duntaxat naturali: hanc ob causam filius præfertur, cum duo iura uno sint potentiora. arg.d. Aut. itaque. C. communia de success. Rursus obiicietur, si nepoti debita est hæreditas, ergo est quasi dominus, & filius hoc est pater nepotis, est suus hæres & consequenter quasi dominus.d.l. in suis ff.de libe. & posth. & ita duo sunt domini insolidum, id quod fieri non potest.l.si ut certo.§. si duobus uehiculum.ff. commod?

Ad hoc dicēdum est, nepotem & filium, esse quasi dominos, quemadmodum est pater & filius, sed in patre & filio hoc conceditur, ut d.l.in suis. ergo & in filio & nepote concedendum est. & quamobrem concedendum hoc sit, ratio reddetur in declaratione suitatis. Ex supradictis collige has conclusiones uidelicet, In terminis.d.l.qui se patris, nepos poterat iure ciuili auo suo succedere. Item nepos non est impedimento, quominus pater transmittat hæreditatem iure suitatis in hęredem extraneū.

Item nepos in quem hæreditas aui, iure naturæ sibi debita, iure sanguinis transmissa est, præfertur ei in quem iure suitatis tantum transmissa est.

Sed huic ultimæ conclusioni, uidetur ad-
20 uersari † .l.2.§.si quis ex liberis. in uerbo, si non suus patri agnascitur.ff.ad Tertullia. ubi ea, in quam hæreditas iure suitatis transmissa est, excludit matrem, cui debetur hæreditas ex filij successione? Sed hoc facile tolli potest, & est animaduertendum, ibi mor-

ibi mortuum esse Seium filium, relicta Portia matre. & Iulia uxore prægnante, ex qua natus est posthumus, qui deinde mortuus est; relicta Iulia eius matre: quærebatur cui nam Seij hæreditas iure ueniret, Portiæ ne eius matri cui iure debebatur. l. nam & si parentibus. ff. de in offic test. & per sena tus conf. Offic. filio succedere poterat: an Iuliæ matri posthumi. in quam iure suitatis à posthumo transmissa est? respondetur, Iuliæ eam hæreditatẽ uenire ex quo apparet eam, in quam iure suitatis hæreditas transmissa est, præferri Portiæ, cui eadem hæreditas debebatur. Sed tu responde, diuersam esse inter matrem & nepotem rationem, matri enim filij hæreditas, iure naturæ minimè debetur, sed ratione miserationis. l. scripto. §. fin. ff. unde liber. nec in eam aliquo iure, ea hæraditas transmissa est. non est igitur mirum, si Iulia posthumi mater in quam iure suitatis, ea hæreditas transmissa erat ipsi Portiæ præferatur. At in casu de quo agitur, nepoti hæreditas aui, & parentum uoto, & iure naturæ debetur. d. l. scripto. §. fin. & in eum iure sanguinis transmissa erat: meritò igitur præferendus est ei, in quem iure suitatis duntaxat transmissa erat hæreditas, quæ nullo iure ei debebatur.

Non est omittendum, id quod obijci solet conclusioni supra firmatæ. dicebamus enim nepotem iure ciuili potuisse auo suo in terminis. l. qui se patris ut agnatum succedere. Certum enim est ex communi omnium opinione, nepotem in illis terminis non potuisse auo, ut suum succedere: &
11 † qui non admittitur ut suus, nec ut agnatus iure ciuili admittitur. d. l. scripto. falsa est igitur conclusio? Sed tu responde hanc consequentiam in eo tex. minimè probari, quæ procul dubio falsa est: non enim sequitur, quis non admittitur ut suus hæres, ergo nec ut agnatus: frater enim non admittitur, ut in mille legibus uidere licet. Sed alia est ibi consequentia, quam sentit ibi consequentia, quam sentit ibi glos. in uer. agnatus, quam ut facile intelligatur. Præmitto, patrem ibi extraneum instituisse hæredem, filium uerò exhæredem fecisse, qui filius deinde obijt, post cuius mortem hæres scriptus hæreditatem omisit. quærebatur nunquid nepos ex filio exhæredato iam mortuo, posset auo suo hæres esse? Respondet Pomponius, nepotem posse auo existere, & quidem suum hæredem. Occurrebat quispiam Pomponio affirmans nepotem nullo pacto posse auo, suum effici hæredem, propterea quod primum gradum nunquam tenuit? respondet Pomponius, eum sine controuersia ut suum hæredem admitti. & reddit rationem inquiens, cum ipse nepos fuerit in potestate nec pater in ea successione eum præuenit, cum post patris matrem, omittente hæreditatem, hærede scripto successio delata fuerit. §. proximus. Inst. de leg. agn. succes. Et ad hoc probandum, in uersic. alioquin respondens aduersario, fateris, inquit, nepotem admitti? fateor ait ille, sed non ut suum hæredem: imò ait Pomponius, ut suus hæres admittitur, alioqui si non est suus hæres, & tu fatearis eum esse hæredem, quo nam iure hæres erit? potuisset aduersarius dicere agnationis iure. huic Pomponius occurrens ait, si non est suus hæres, sine dubio non est agnatus.

Pomponius itaque hoc modo ducit argumentum, non est suus hæres, non est igitur agnatus, id quod in illis terminis rectè sequitur, dato enim hoc inconuenienti uidelicet, nepotem quem filius hoc est eius pater nõ præcessit, non esse hæredem suum, sequitur nec esse agnatum. Non enim potest quis esse agnatus, quin sit suus hæres, si est in potestate, & nemo eum tempore, quo defertur hæreditas procedit. Valet inquam hoc argumentum in illis terminis, non autem in alijs: Hoc indicant uerba Pomponij, ait enim alioquin si non suus hæres est, quo iure hæres erit, qui sine dubio non est agnatus, & profectò sicut falsum est, non esse suũ hæredem, ita falsum est, non esse agnatum. Est igitur ut suus & agnatus, & hoc modo lex illa intellecta minime obstat.

Vltimò illi conclusioni, in qua diximus in terminis huius. l. qui se patris, potisse nepotem auo, ut agnatum iure ciuili succedere: aduersari uidetur Imperator dum ait, nepotem non posse suscipere Aui facultates, nisi beneficio prætoris: ergo non

non iure ciuili? certè si illa lex intelligatur,ut Doct.intelligunt,nostram hanc conclusionem penitus destrueret. sed alius est illius legis intellectus, & quidem nouus,
22 qui ita est. † Homo quidam ab Imperatore quæsiuit, inquiens, serenissime Imperator uelim à te mihi declarari, quid in hoc casu respondendum sit, Auus quidam filiũ & nepotem in potestate habens, e uiuisque discedens copiosas reliquit facultates: dein de filius facultates habens damnosas, nec adita,nec repudiata Aui, hoc est patris sui hæreditate, mortem obiit, quo casu post mortem patris statim suitatis iure in eum paternorum bonorum dominium continuatam est.l.in suis ff. de libe. & posthu. quam ob causam aui hæreditas, cum illa filii iure ciuili iuncta cœpit esse.l.sed si plures.§.filio ff.de uul. & pupil.sub. unde nepos opulentas aui facultates, patris uero obæratam hæreditatem uidens, eam repudiauit,ut aui copiosas opes susciperet:quærebatur an posset? ad hoc respondens Imperator ait, iure ciuili minime hoc fieri posse. si quidem aui hæreditas iure suitatis,cum filii hæreditate prorsus iuncta est,& ita ex duabus una effecta est hæreditas,d.§.filio. hanc ob causam sicuti quis partem hæreditatis sibi delatæ acceptare, partemque repudiare non potest.l.1.& .2.ff.de acquir.hæred. ita nec iste nepos potest ex duabus hæreditatibus iure ciuili coniunctis, unam accipere, alteram repudiare: sunt enim ueluti partes. cum duæ hæreditates,ut dictum est, in unam coierunt: quamobrem iure ciuili quo iunctæ cœperunt esse, separari minime possunt.l. quidam eulogium. C.de iur. delib. Tunc homo ille curiosus quærens ait,si iure ciuili hoc concedi non potest, nunquid saltem prætorio id fieri queat: hoc scilicet, ut nepos possit aui facultates a patris sui hæreditate separare, & patris hæreditatem repudiare,aui uerò facultates suscipere? Dubitationem faciebat, quod cum essent simul iunctę,ut dictum est, uidebatur nec unã sine altera, etiam iure prætorio amplecti posse.d.l.sed si plures.§.filio.ff. de uulga. & pupill.sub. Ad hoc Imperator respondens air,ad huiusmodi separationis beneficium, posse iure prætorio ueniri. appellatur enim hic beneficinm, gratia illa ab Imperatore concessa, per quam potest nepos aui facultates à paternis separare, illasque suscipere, ad quod beneficium solum per bonor. pos. ueniri potest.non est igitur beneficium bo. pos.sed differt tanquam uia,a loco ad quem ducit. nam licet iure ciuili, quædam illarum hæreditatem ciuilis coniunctio effecta sit, tamen prætor ob naturalem rationem, qua nepoti cui hæreditas debetur, ut supra sæpius dictum est,dissoluens illam iuris ciuilis hæreditatem coniunctionem, permittit à nepote posse patris hæreditatem repudiari,aui quidem facultates suscipi. Ratio quamobrem, hoc fieri concedatur, est, quia prætorio iure non ita iunctæ sunt illæ hæreditates. prætor enim suitatem, qua cõ iunctio illa facta fuit, minime considerat. quod autem iure prætorio huiusmodi separatio fieri possit, apertè ostendit Iureconf. in.l.si filius qui patri.ff. de uulga. & pupill. sub.secundum uerum & tutiorem intellectum, quem ibi refert Ias.& tenet Paul. à Castro,sequitur etiam Aretinus. ibi enim secundum eos, talis est casus. Pater instituit impuberem filium, eique fratrem puberem pupillariter substituit: mortuo patre moritur deinde impubes,neque adita, neq; repudiata patris hæreditate: quo casu ob suitatem iuncta est patris & filij hæreditas, ut diximus. at frater pubes, patris sui hæreditatem recusabat, fratris uerò hæreditatem(habebat enim bona aduentitia) maximopere optabat: dubitabatur an esset audiendus? Papinianus in hæc uerba respondet, iustius ipsum prætorem facturum existimo,si fratri separationem bonorum patris concesserit. Ecce igitur quemadmodum lex illa probat intellectum nostrum ad.l.qui se patris. parum enim altera, ab altera differt, quamobrem ex illa lege facilè colligitur, ob æquitatem a prætore duntaxat huiusmodi separationem fieri posse. Non obstat modo.d.§.filio. unde dubitandi ratio colligebatur: ibi enim separatio neutro iure conceditur, propterea quod facta erat per aditionem realis coniunctio,id quod non est in casu nostro, sæpius enim supra suppositum est,filium obiisse nec adita,nec repudiata patris hæreditate. uel

te. uel dici potest, ut ibi glo. sentit, in.d. §.filio, non fuisse aliquam personam, cui hæreditas iure naturæ ab intestato debita esset. quam ob causam, cessat naturalis æquitas, & consequenter prætoria dispositio, quæ sola mouetur æquitate. Erit igitur huiusmodi declaratio ad hanc.l. qui se patris, profectò noua, secundum quam hoc dicat. quando aui, & patris, iure suitatis duntaxat iunctæ sunt hæreditates, nepos licet posset auo iure ciuili succedere, tamen non potest eas, eo iure separare, sed solum prætorio iure, id fieri oportet. Confirmat hanc declarationem Imperator ibi, in uerbo suscipere, non enim dicit adire. Item in fine, dum dicit, ad huiusmodi beneficiū, nam secundum communem intellectum, illa uerba sunt superflua. Item secundum nostram declarationem, illa uerba maxime Emancipatus, stant proprie. dictio enim maxime, ut ibi Doc. notant ponit casum minus dubitabilem, & includit magis dubitabilem: quamobrem ostenditur filium emancipatum potuisse multo minus iure ciuili hanc separationem facere, cum ab eo non cognoscatur §.Emancipati Insti. de hæred. quæ ab intes.defe.

Et secundum hanc nostram declarationē hæc lex hodie non est correcta per.§.placebat. Insti.de legi.agna.success. in quo Doc. multum laborant. declaratio enim nostra à terminis.d.§.placebat, satis aliena est. & quemadmodum ante, ita & post illū.§.in huiusmodi separatione, lex ista qui se patris, procedit. Nec obstat si quispiam dicat, si lex ista, qui se patris, de separatioue (ut dictum est) loqueretur, esset superuacua, quippe cum iam hoc decisum fuerit in.d.l.si filius qui patri? ad hoc.n. facile respondetur non.n.est nouum, nec absurdum, ut id quod in.ff.decisum est, decidatur etiam in Codice, ut mille legibus diligenti lectori patere potest. Et ex his sequatur hæc conclusio: L. qui se patris.C.unde liberi, secundum nostram, & quidem ueram declarationem hodie non est correcta. Item.l.qui se patris, loquitur de hæreditatum separatione, non autem de aditione.

Summarium

1 *Filius est pars patris separata. & eadem persona, etiam natura.*
2 *Patria potestas est de iure natura.*
§.ius autem. Insti.de patria potesta. declaratur.
3 *Cur filij dicantur sui hæredes.*
4 *Hæres idem est qui dominus.*
5 *Filius est dominus substantia sicut & pater eius Intellige ciuiliter. nu. 21.*
L. in suis ff.de lib.& posthum. deprauata, emendatur.
6 *Vt quis sit suus hæres tria requiruntur.*
7 *Filia exclusa a successione per statutum, desinit esse sua hæres.*
8 *Filius exhæredatus desinit esse suus hæres adita per institutum hæreditate.*
9 *Quomodo per substitutionem uulgarem tollitur suitas. & nu. 12.*
10 *Substitutio uulgaris cur introducta.*
11 *Suus hæres cur dicatur. Et quis sit. nu. 15.*
13 *L. fin.ff.de cond. institu. declaratur.*
14 *Item & l.2.§.sed si sint sui.ff.ad tertull.*
16 *Suitas quo iure introducta sit.*
17 *Suitas, quid sit.*
18 *Et an sit causa ut hæreditas transmittatur, etiā in extraneum hæredem, & nu.23.*
19 *Hæreditas non adita cur non transmittitur.*
20 *Ius deliberandi transmittitur ad hæredem.*
22 *Dominium ciuile potest sine traditione acquiri.*
24 *Transmissio iure sanguinis, qua et eius ratio.*

L. DECLARATIO suitatis.

Diu dubitaui, quamobrem filij dicerentur sui hæredes? & quid hoc nomen significaret? tandem Dei gratia mihi ipsi in hac quæstione satisfeci, & si alijs satisfecero, id uehementer mihi, gratū erit. Pro intelligētia, itaque huius quæstionis paulo altius rē ipsam repetendā esse duxi. totum.n. natura ipsa, ab omnibus eius partibus collectiue, sumptis nequaquā differt, cū nil aliud sit totū, quā omnes partes simul sumptæ. id colligi potest ex uerbis Bar. in.l.aut facta.§.nonnunquā. ff.de pœ.& ita ēt asserunt Philosophi partium auiē, aliqua est continua: ut puta manus, pars est corporis continua. aliqua separata, ut fetus: is

enim pars domini separata est, ut inquit philosophus in.1.Poli. In proposito igitur nostro,
1 † filius est pars ipsius patris separata, teste Arist.5.Ethic.c.6. cū igitur una quæque pars, cū suo toto censeatur una, & eadē res, consequēs est, ut etiā filius ut pars patris, etiam natura ipsa, una & eadē persona cū patre iudicetur, id quod aperte probant uerba Imperatoris in.l.fi.C.de impub. & alijs sub. ubi ait, & natura, pater, & filius eadem esse persona penè intelliguntur. cōsiderandū est, ultra Doctores, patrē & filium eandē personam, etiā natura ipsa, nō dum iure ciuili esse uideri. Præterea sicut pars, natura ipsa, subest toti, & à toto regitur, id quod clarū est, colligitur ex.1. Polit. ita filius natura ipsa, subest patri, cū sit pars eius, & ab eo regēdus est: ut clare colligi potest ex.1. Polit. & 5. Eth. & in.8. ubi Aristo. ait, natura pater filiorū, & aui nepotū, & Rex eorum quibus præsidet, impe iū obtinet. Non ab re igitur, di-
2 cendū est † patris potestatē in filium, esse natura ipsa: id quod ultra philosophū in locis supra citatis apertè ostendit Iurecons. Paul. in.l.pronunciatio.ff.de uerb.sig. ubi inquit, iure proprio familiam, dicimus plures personas quæ sunt aut natura, aut iure, sub unius potestatē subiectæ, ut puta filiū familias filiamfamilias &c. intellige naturā, filiū naturalem: natura & iure simul, filiū legitimum, & naturalē, iure. s. tantū, ut sunt adoptiui. Non obstat, si quispiam diceret, patriā potestatē, quo ad inuentionē, & substantiam esse ciuiū Romanorum, ut in.§.ius autem.Insti.de patr.potest. ubi Imperator ait, ius potestatis, quod in liberos habemus, proprium est ciuiū Romanorum; sed inconsiderate illa.§.ad hoc allegatur, nō enim dicit patriā potestatem, quo ad inuentionē, & substantiam, esse ciuiū romanorū, sed eius qualitates, seu effectus ait esse ciuium romanorū: inquit enim, ius patriæ potestatis, proprium est ciuium romanorum: non autem dicit patriā potestatē, uult ergo textus ibi, illud ius potestatis, idest illam ordinationē ciuitatis de patria potestate, esse ciuium romanorū: nam ius nil aliud est quam ordinatio ciuilis societatis, ut in.1.Polit. & diximus, in declaratione patriæ potestatis. Hanc ob causam subit, nulli alij sunt homines, qui in liberos talem habeant potestatem, qualem nos habemus. nota ergo dictionem qualem quod est relatiuum qualitatis, non autem substantiæ, effectus enim patriæ potestatis à ciuibus Romanis inuentos, enumerat glos. ibi. hæc obiter, nunc ad propositū reuertar.

Item sicut natura ipsa id quod est totius defluit in quamlibet eius partem, ut puta alimentum sumptum à corpore, diffunditur in omnes eius partes. Item humor à uitis seu arboris trunco è terra abstractus, in omnes palmites in omnesque ramos, natura diffunditur. ita etiam ipsa natura, id quod est patris, in filium tanquam in eius partem deuenit, ut mores, similitudines, omnesque facultates. quamobrem bona ipsius patris, quasi debita natura ipsis filijs dicuntur. l. scripto in fi.ff. unde liber. l.fi.C.de codicil. & cum ra-
3 tio.ff.de bon. damn. & hanc † ob causam ius ciuile uidens patrem & filium esse fere eandem personam, & bona patris ratione naturali quasi debita filijs imposuit eis nomen suorum hæredum. d.l.cum ratio. ex qua satis constat quamobrem indultum sit filijs nomen suorum hæredum. Est tamen aduertendum non continuari dominium in filios, ob id quod fiunt sui hæredes, ut dicunt doctores, sed è contrario, quia bona patris natura sunt debita filijs, & ad ea uocantur, idcirco à iure ciuili sui hæredes nuncupantur, ut. d. l.cum ratio.ff. de bon.damn. Est etiam
4 sciendum hanc † appellationem hæredis, idem significare quod dominus: ueteres enim hæredes pro dominis appellabant. §. item extraneus. Inst. de hær. qual. & diff. dominus item olim hærus dicebatur. l. item mella.ff. ad.l. aquil. unde hodie uulgo dicitur misere quasi hære mis, & ab hærus nomen hæredis quidam deriuant: eodemque modo hæreditas domina appellatur. l. non minus.ff.de hæred. inst. Rursus repetentes dicamus, post mortem alicuius intestati seu testati, illico à lege omnia eius iura colligi. ex qua iurium collectione fit quoddam ius uniuersum, in quod fit quædam à lege successio, quæ hæreditas appellatur. hæc autem nil aliud est, quam successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit. l. nihil est aliud.ff. de uerb. & rer.sign. successio inquam, quæ à lege & non ab homine

mine fit: antequam enim homo adeat hæ-
reditatem, dicitur hæreditas, poteſt enim
quis uſque ad triginta annos accipere hæ-
reditatem. l. licet. C. de iur. delib. adita ue-
rò hæreditate, ſtatim deſinit eſſe hæredi-
tas. l. ſed ſi plures. §. ſi filio. ff. de uulg. & pup.
ſub. & gloſ. in. l. 1. §. ueteres. ff. de acqui.
poſſ. & ſicubi hæreditas poſt aditionem ap-
pellatur, id non propriè fit. hæc colligun-
tur ex dictis Bar. in. l. 2. ff. de bon. poſſ. ille
igitur qui adiuit Petri hæreditatem, uo-
catur hæres Petri, id eſt dominus Petri,
non quod ſit dominus Petri, qui mortuus
iam eſt ſed dominus bonorum olim Petri,
ita neceſſario intelligendum eſt. In pro-
poſito itaque noſtro, cum filius ſit una &
eadem perſona cum patre, efficitur, ut,
ſicut pater eſt dominus bonorum, ita &
filius eorundem bonorum dominus iure
dicatur, hinc eſt quod leges filium uiuen-
te patre dominum appellant. l. in ſuis. ff. de
lib. & poſthum.

Et quemadmodum dicitur paterfamilias,
id eſt ſubſtantiæ & patrimonij pater, (hoc
enim ſignificat hæc appellatio familias in
d. l. & in rubrica familiæ herciſcundæ. ff.)
eodem modo dicitur filiusfamilias ut in
5 d. l. in ſuis, ex quo apparet † ita eſſe domi-
num ſubſtãtiæ filium, quẽadmodũ eſt pater.

Nec obſtat quod in. d. l. uocatur quaſi do-
minus: quoniam non dicitur quaſi dominus
ratione ueri dominij, ſed reſpectu admini-
ſtrationis, quæ eſt penes ipſum patrem: om-
nis enim domus à ſeniore regenda eſt, ut in-
quit philoſophus. 1. Polit. hanc ob cauſam
poſt mortem patris non dicitur accipere
dominium, & hæreditatem, ſed magis li-
beram bonorum adminiſtrationem conſe-
quitur. d. l. in ſuis. Certe tamen ſcias, illud
idem dominium quod patre uiuente, erat
penes filium (eſt enim filius uiuo patre ſuus
hæres. §. ſui. Inſt. de hær. qual. & diff.) du-
rare continuarique in ipſum filium, adeo
ut nihil dominij poſt mortem patris, ſed ſo-
lam duntaxat adminiſtrationem conſequi
uideatur. ſicut ergo poſt mortem patris pe-
nes filium, eſt uerum dominium, ita &
uiuente patre erat ſine dubio uerum, quip-
pe cum illud idem ſit continuatum.
Et aduertendum eſt in. d. l. in ſuis eſſe textũ
mendoſum. legitur enim ibi, in ſuis hæredi-
bus euidentius apparet continuationem do-
minij, eorum producere, ut nulla hæreditas
fuiſſe uideatur, ſi legeris eorum, haud con-
grue conſtrui poteſt, legas itaque eò rem,
ut ſint duæ dictiones, una aduerbium hoc
eſt eo, altera nomen, hoc eſt rem, erit igi-
tur ſincera litera, eò rem producere. &c.

Redeamus iam ad propoſitum, quia filius
dicitur uiuo patre dominus, idcirco appella-
tur hæres ſuus, id eſt bonorum ſuorum do-
minus, ut diximus. Et nota quod ſicut ad
conſtructionem domus, tres partes ſimul re-
quiruntur, uidelicet, ſolum, paries & tectũ.
l. cum qui ædes. ff. de uſucap. ad deſtructionẽ
uerò ſufficit, ut una pars remoueatur, deſtru-
cto enim pariete, ſeu tecto, deſinit eſſe do-
mus, ut not. Bar. in tract. de alueo. ita ad
6 † conſtructionem ſui hæredis, tria requirun-
tur, patria poteſtas ſcilicet: primum locum.
& ut bona patris ad eũ perueniant, ſine qui-
bus ſuus hæres dici non poteſt, & uiuente pa-
tre olim non poterat filius habere niſi bona
patris. omnia enim patri acquirebat. Inſt. per
quas perſ. nob. ius acqui. intellige requiri
patriam poteſtatem uſque ad tempus, quo
pater moritur. hæres enim ſuus is dicitur,
qui tempore mortis eſt in poteſtate: Inſt.
de hær. qual. & diff. §. ſui. l. lege Cornelia.
ff. de teſt. Ad deſtructionem autem ſui hæ-
redis, ſufficit alterutram partem remoueri,
ſiue igitur tollatur patria poteſtas, deſinit
eſſe ſuus hæres, §. ſui. Inſt. de hæred. qual.
& diff. iuncta gloſ. in uer. in poteſtate, ſiue
bona ab ipſo filio auferantur, remanente
patria poteſtate, deſinit etiam eſſe ſuus hæ-
res, quamuis in poteſtate remaneat, ita
not. doct. & præſertim Iaſ. in. l. qui ſe pa-
tris in. 2. col. C. und. lib. & Bar. in. l. 1. §. ſciẽ-
dum. ff. de ſuis & legit. hæred. ubi etiam di-
7 cit, † ſi à filia remoueatur ſucceſſio per ſta-
tutum deſinit eſſe ſua hæres, remanet tamen
in poteſtate. Et ex his apparet filium
quando bona remouentur ab ipſo, deſine-
re eſſe ſuum hæredem, hoc ipſum aperte
probatur in. §. interdum. Inſtit. de hæred.
quæ ab inteſt. defe. ubi fuit quidam reus
perduellionis, memoria cuius poſt mor-
tem damnata fuit, licet eius filius ſit ſuus
hæres, tamen quia bona auferuntur à fiſco

V 2 deſinit

desinit esse suus hæres. & quemadmodum domus, licet tota sit concussa tormentis, antequam ruat paries seu tectum, non desinit esse domus, sed eo momento quo paries, seu tectum corruit eodē desinit esse domus. ita licet suitas sit aliquo modo suspensa, non tamen statim filius desinit esse suus hæres, sed eo momento quo uel patria potestas tollitur, uel bona ab eo auferuntur, desinit esse suus hæres. & ille. §. interdum, omnino refellit opinionem eorum qui aiūt, patriam potestatem & primum locum suos hęredes efficere, ibi enim filius erat in patris potestate, & in primo loco, & tamē sublatis à Fisco bonis, nō est suus hæres, bona ergo sunt præcipua suorum hæredum causa. Et ex his facile poteris intelligere tex. in. l. si quis posthumos. §. si filium. ff. de lib. & posthu. & tex. in. l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acqui. hæred. & tex. in. l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legiti. hæred. in quarum legum declaratione, maxima est orta inter scribentes altercatio. ibi enim, talis species à Iurecons. proponitur. Pater quidam exhæredauit filium, nepotem uerò ex eo præterijt, & alium hæredem extraneū fecit, superuixit patri filius exhæredatus, deinceps filius, ante aditam hæreditatem, fortasse ab extraneo, decessit: quærebatur, an nepos præteritus rumperet testamentū? dubitatio oriebatur ex eo, quod exhæredatio facit exhæredatum desinere esse suum hæredem. d. l. 1. §. sciendum. & ibi Bar.

Si igitur filius desinit esse suus hæres, ergo nepos suus hæres effectus est. §. sui. Insti. de hæred. quali. & diffe. cum ergo. fuerit præteritus à patre, quasi agnatione, debuit testamentum in quo præteritus fuit rumpere §. posthumorum. Insti. de exhæred. libe. Contrarium tamen scribunt, Pompo. & Marcell. in. d. §. si filium. Doctores uario modo soluunt, sed eis assentiendum esse minime existimaui, mutuis enim uulneribus se se perimunt. Tu autem ex supradictis facilè colliges solutionem, nam filius ut dictum est, dominus familias, hoc est patrimonij, uiuo patre appellatur, sicut & pater: & eo usq; durat dominus, & cōsequēter suus hæres, quo usq; bona ei auferātur. li
8 cet † ergo pater in testamento dixerit, ex hæredo filium: non ob id statim auferuntur bona ipsi filio, sed tunc cum institutus adierit hæreditatem, qui adeundo efficitur dominus, & quidem directus, cum sit institutus à testatore, qui lege permittente poterat auferre bona, licet quasi debita filio, quē & occidere poterat. l. in suis. ff. de liber. & posthum. Cum itaque institutus effectus sit dominus, & quidem directus, necessariò sequitur filium desinere esse suum hæredē, idest dominum bonorum suorum, cum non possint duo directi domini insolidum existere. l. si ut certo. §. si duobus nehiculum. ff. commo. & hoc sentiunt Doc. dicentes, exhæredationem non habere effectū nisi post mortem testatoris adita ab instituto hæreditate, ita scribit Bar. in. l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acqui. hæred. per tex. in. l. filium. §. sed cum exhæredatio.

Cum igitur ante aditam ab instituto hæreditatem, filius non desinat esse suus hæres, cum bona sint in suspenso, ut dictum est arg. §. si ab hostibus. Insti. quib. mod. ius. patr. potest. sol. sequitur ut nepos suus hæres minime efficiatur, quamobrem non rumpit testamentum ut in. d. §. posthumorum. post aditam ab instituto hæreditatem, nepos nō efficitur suus hæres, propterea quod bona patris, non perueniunt ad ipsum, sine quibus, ut supra demonstratum est, non potest quis effici suus hæres, cum non sint bona, quorum dominus dici possit. Si uero institutus uiuo filio hæreditatem repudiauerit bona, quæ per exhæredationem in suspēso erant, in eo confirmantur, & ita filius ab intestato erit patri suus. ut in. l. filium. ff. de bo. pos. con. tab. At si poneres exhæredato filio, nepotem qui erat in potestate esse institutum, erit profecto suus hæres auo, siquidem bona, & patria potestas, ipsum nepotem suum hæredem efficiunt, isque hæreditati se immiscens, eam suo patri acquirit adeo ut patrem exhæredatum faciat, hæredem, & quidem necessarium. d. l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acqui. hæred. nam qualis quisque est hæres, talem facit hæredem eum cui acquirit, uel in quem transmittit. d. §. interdum, & l. si quis filium familias. §. 1. ff. de acqui. hęred. Et ex supradictis facilè poteris intelligere. d. §. interdum. & d. §. sciendum

sciendum. cum similibus.

9 Reliquum est, ut uideamus, † quomodo per substitutionem uulgarem, filius desinat esse suus hæres. Sed prius uidendum est, quamobrem uulgaris substitutio ita nuncupetur: & quomodo fuit inuenta? Bar.in.l.1.ff.de uulg.& pupil. sub cui ferè omnes astipulantur, dicit uulgarem appellari, propterea quòd à quolibet, & cuilibet fieri potest. sed dicat obsecro, poterit ne fieri à furioso, à pupillo, a deportato, à filioq; familias? minime. sed inquit Bar. a quolibet scilicet idoneo, id si ita est, etiam pupillaris dici poterit uulgaris, ea enim à quolibet, & cuilibet idoneo fieri potest. Omissis itaque his, quæ a Bar. ab alijsq; super hoc traduntur dicas.

10 quòd † Papius quidam, cum uideret ærarium in bellis ciuilibus exhaustum, ut ære illud repleretur, tulit legem qua cauebatur, neminem clausis tabulis posse adire hæreditatem, diemque legatorum ab apertis tabulis cedere. & hoc ideo fecit, ut id quod interim caducum effectum esset, in ærariũ reduceretur: colligi hæc possunt ex.l.1.C. de cadu.tollen. quot enim modis fieret caducum ibidem uideto. Testatores, id animaduertentes, adeo ægre tulerunt, ut substitutiones introducerent, ne ab eis relicta, caduca efficerentur, & si facta essent, ad certas personas substitutas deuenirent, ita refert Iustinianus in.d.l.unica. dicens, quas substitutiones, & nos fieri concedimus. Fuit itaq; substitutio uulgo a testatoribus inuenta, ut ibi apertissimè colligitur: hanc ob causam dicta est uulgaris, quasi à uulgo, & non à lege inuenta. quemadmodum palam est, multa alia, nomen ab inuentoribus sumpsisse: ut puta legem falcidiam, Aquiliam, Trebelianicam, & huiusmodi. Restat nunc uidendum quo nam pacto dicant doctores, eam tollere suitatem seu facere desinere esse suum hæredem ut scribit Bar. in.l.si filius hæres.ff.de libe. & posthu. ubi doctores in duas acies diuisi sunt. alij enim aliam defendentes opinionẽ partim enim affirmant suitatem uulgari substitutione tolli, partim uerò negant. quorum rationes hic prætermittendas operæprecium esse putaui. arbitror enim communem opinionem uero cõsentaneam esse, asserentem, suitatem uulgari substitutione sine dubio tolli. sed quo nã pacto, infra patebit id quod doct. minime animaduerterunt. sed prius repetendum est, id quod paulo ante diximus. Videlicet, tres partes principales efficere quempiam esse suum hæredem, patriam potestatem scilicet: primum locum: & bona. sed pars principalior bona ipsa dicenda sunt, sine quibus impossibile est, quempiam posse fieri suum hæredem. quandoquidem hæres, idẽ est quòd dominus. dominus autem ponitur inter ea, quæ sunt ad aliud, idest inter correlatiua, quorum natura est, ut sint simul natura, & inuicem se perimant: ut puta eo momento, quo seruus, seu filius perit, desinit esse dominus, seu pater. non tamen intelligas, ut ipsa patris substantia pereat, sed illa dumtaxat formalis relatio, qua quis appellatur dominus, seu pater. Et itaque pater seu dominus ad aliud. si igitur pater est, alicuius filij pater est. si dominus est, alicuius serui, uel rei dominus est. quàobrem si filius dicitur hæres, hoc est dominus, ergo alicuius rei, seu patrimonij dominus est: & si res uel patrimonium auferatur, tollitur illa relatio, qua hæres suus, seu dominus dicebatur: quoquo ergo modo bona filio funditus auferantur, bona in quam quæ simul filii & patris fuerint. d.l.in suis. necessario efficitur, ut filius desinat esse suus hæres, ex ui correlatiuorum, quæ posita se ponunt, & perempta se perimunt, ut in prædicamentis Porphyrius ait. Sed iam uidendum est, an per substitutionem uulgarem, bona ipsi filio auferantur: si auferri probatum erit, profecto filius desinet esse suus hæres. sed cum hæc appellatio hæres, idem sit, quòd dominus, quærendum est,

11 † quam ob causam huiusmodi pronomen suus adiectũ sit? Responde hoc pronomen suus, sua, suum, esse relatiuum reciprocũ, hoc est quod ad eãdem personam reflectitur, ut Flaminius uocat te, ut uideas librum suũ, hoc est librũ ipsius Flaminii. Cũ itaq; filius, etiã uiuo patre sit dominus. §. sui Insti. de hæred. quali. & differ. & d.l. in suis ff. de libe. & posth. adiectum est hoc pronomen suus, ut dicatur suus hæres, quasi bonorum suorum, uiuo etiam patre, dominus, ut differat ab extraneo, qui non dicitur

hæres

hæres suus, sed hæres alterius, ut puta Petri. hæres.n. Petri, idem ualet quod dominus bonorum olim Petri: & aduerte quod ubicunque reperitur suus, ibi est, uel intelligi debet hæres, suus.n. per se nihil significaret, Si itaque filius noluerit uel non potuerit cum effectu hæreditatem ex iudicio testatoris accipere, eam accipiet substitutus, & ita filius qui uiuo patre erat hæres, hoc est dominus, amissis bonis, & in substitutum translatis, desinit esse illorum bonorum hæres. hoc est dominus. Hoc igitur modo dicitur substitutionem uulgarem tollere suitatem, seu facere, ut filius esse suus hæres desinat. pater enim reliquit bona ipsi filio, sub hac conditione si cum effectu bona, eorumque administrationem acciperet, qua conditione nõ impleta aufert ab eo bona, & in substitutum tráfert quod facere iure põt. l. si. ff. de cõd. insti. Sit itaq; hæc conclusio, † filius non ex eo
12 quod habet uulg. substitutũ, desinit eẽ suus hæres: sed eo quod, bona mediante substitutione uulgari ab eo in substitutũ transeunt. sed antequã bona ab eo remoueantur, non desinit eẽ suus hæres, esto quod habeat substitutũ. Sed contra hanc conclusionem, Paul. à Castro in. l. si filius hæres. ff. de lib. & posth. adducit tex. in. l. si. ff. de condi. insti. ante finem, in uersiculo altera uero species, ubi nepos, fuit substitutus filio uulgariter, filius autem fuerat institutus sub conditione potestatiua, ut puta si decem dederit Titio, quæ ultimo uitæ momento impleri poterat. dicitur ibi, si filius decedat, conditione non impleta, nepotem ex substitutione, nisi post mortem filij minime uocari, ratio est, quia illa conditio quo usque filius uixit in eoque spiritus existebat, per alium impleri potuit, qua impleta antequam emitteret spiritũ, ipsemet filius ex testamento in mortis articulo, fuisset hæres effectus, ad suosque hæredes transmisisset, quã ob causam substitutus excluderetur, iccirco, quam diu in filio est spiritus, expectandum est, nec substitutus, nisi filio perfectè mortuo admittitur. Sed si opinio doctorũ esset uera, inquit Paul. dicẽtiũ existentiã sui hæredis per uulgarẽ substitutionẽ tolli, tunc nepos in uita filij incipiẽtis mori, statim admitteretur. nã si esset, ut aiũt Doc. sublata suitas, filius ĩ extremo uitæ momento, non posset effici hæres, propterea quòd sublata suitate filius est tanquã extraneus, at extraneus hæres non efficitur, nisi suam uoluntatem uel re, uel uerbo declaret. §. si. Insti. de hæred. quali. & diffe. id quod à filio in extremo uitæ momento existenti fieri nequit, licet conditio per alium eo adhuc uiuente impleretur. amisit enim uoluntatem, eo ipso quòd incipiebat mori, & ideo si sublata esset suitas, non posset etiam impleta conditione hæres effici, cum suam uoluntatem de adeunda hæreditate, nec uerbo, nec re, declarare posset. quamobrem, in extremo uitæ momento, constaret primum institutionis gradum defecisse, & ita nepos ex secundo gradu sine controuersia admitteretur, cuius contrarium ibi dicitur: ergo necessario sequitur, suitatem non fuisse sublatam, per quam potuit filius, etiam in extremo uitæ momento sine aliqua uoluntatis declaratione hæres effici, & ideo nepos non potest uiuo patre effici hæres, id quod fieri posset, si filius per uulgarem substitutionem desijsset esse suus hæres, ut diximus. Et hoc subtiliter ibi colligitur. ubi Ias. refert Paulum dicentem, respondeant nunc intelligentes. Sed tu ex supradictis facile colliges responsionem. diximus enim non statim facta substitutione uulgarem desinere filium esse suum hæredem, sed tunc demum
13 cum bona à substituto accipiuntur. † at in d. l. fin. ff. de cond. institutio, fuit institutus filius sub conditione, quæ potuit etiam extremo uitæ momento impleri, ueluti si Titio decem dederit, quæ conditio nomine filij per alium impleri poterat. antequam ergo conditio deficiat, filius durat suus hæres prout ante fuerat, deficiente uero conditione locus substitutioni datur, & acceptis à substituto bonis, eoque effecto domino filius desinit esse suus hæres, ut in simili dicitur in. §. interdum. Inst. de hæredi. quæ ab intest. defe. ubi occupatis bonis à fisco, filius desinit esse suus hæres. at impleta conditione filius durat suus hæres, transmittitq; hæreditatem iure suitatis, sed quia conditio potest impleri extremo uitæ momẽto, ideo nepos substitutus nõ potest accipere bona aui, nisi post mortẽ patris sui,

cum

cum uere tunc possit dici defecisse conditionem, & non prius. non ergo suitas sublata est prius; sed mortuo patre & translatis bonis in nepotem substitutum. & ita Pauli obiectio non obstat. Sit itaque conclusio huiusmodi uidelicet substitutio sola uulgaris, non facit filium desinere esse suum hæredem, sed bona à filio mediante substitutione uulgari ablata id faciunt. acceptis itaque bonis à substituto quæ uiuo patre erant etiam filij: l. in suis. ff. de lib. & posth. ipse filius desinit esse suus hæres.

Sed quia diximus bona esse, quæ faciunt
filium hæredem suum appellari, quibus ab
latis, desinit esse suus hæres: uidetur hoc esse
14 cōtra tex. in † l.2.§. sed si sint sul. ff. ad sena
tus cons. Tertull. ubi filius, licet repudiet
bona patris, remanet tamen suus ac necessarius hæres, & tamen bona apud eum non existunt? Ad hæc dicito, filium non posse remouere bona patris à se, imo licet repudiet bona patris, tamen dominium rerum directum penes ipsum continuo existit, imo nec poterat olim abstinere. §. 1. Instit. de hæred. qual. & diff. & quamuis prætor sua æquitate permittat, ut possit abstinere. d. §. sui. Inst. de hæred. qual. & diff. tamen non desinit esse hæres. nam quemadmodum Prętor non potest quempiam facere hæredem. §. quos autem. Inst. de bo. pos. ita non potest facere quempiam desinere esse hæredem. l. & si sine. §. sed quod Papinianus. ff. de minor. sed quamobrem hoc. Prætor non possit facere alibi diximus. Et sic licet filius abstineat, nudum tamen dominium apud eum omnino remanet. ut dicit tex. ibi. ne nudum nomen hæredis noceat matri, & huiusmodi dominium nudum sufficit; ut filius dicatur suus hæres. l. in suis. ff. de lib. & posth. Erit ergo apud filium dominium directum, & quidem nudum. apud matrem uerò utile duntaxat de iure ciuili, sicut dici solet Emphyteotam habere utile dominium: dominium uerò directum & nudum, & hoc & illud iure ciuili efficitur. l. 1. ff. si ager uectig. uel emph. pet. Alter fuit intellectus, quem sibi uendicat. d. Christo. de Castel. & eum multi sequuntur. ut refert Ias. ibi secundum quem est dicendum præteritionem posthumi, in ea lege fecisse filium desinere suum esse hæredem, non autem substitutionem uulgarem; ut uult Bar. ibi. Sed hoc uidetur contra uersicul. quod si nemo, in eadem. l. si filius. ubi posthumus erat etiam præteritus; & tamen filius non desinit esse suus patri ab intestato; id quod fieret si esset sublata suitas: sublata enim suitate esset extraneus; & sic non posset moriens effici hæres, cum requiratur aditio, id quod à moriente fieri non potest: ex eo ergo uersiculo constat: non esse uerum; præteritionem nepotis esse impedimento, quo minus filius sit suus hæres. Tu uerò, ut habeas ueram illius tex. intelligentiam dicito; patrem instituisse filium hæredem, omisso posthumo nondum nato; filioque nepos ex eo fuit substitutus: si interim moriatur filius (expone interim; idest posthumo non nato, ut clarè patet ex tex. non autē ut aiunt Docto. interim; hoc est ante aditam hæreditatem, uel ante impletam conditionem, cum nulla fuerit ibi adiecta conditio;) dicit Aphricanus; nepotem substitutum tam patri, quam auo effici suum hæredem.

Sed diceret quispiam, quo nam pacto nepos potest effici suus hæres auo, quippe cū filius eum in gradu tempore mortis aui præcesserit, quo fit, ut nepos suus hæres auo effici non possit. §. sui Insti. de hæred. qual. & diff. item filius mortuo auo, idest patre suo, statim est suus hæres. l. 1. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omis. cau. testa. hanc ob rem, nepos suus hæres auo effici minime potest: sed solus filius, qui licet, se paternæ hæreditati non immiscuerit, est tamen hæres ipso iure. l. in suis. ff. de liber. & posthu. Si diceres, nepotem quoque esse suum hæredem auo, absurdum profectò diceres. esset enim & hic, & ille hæres suus, in diuerso quidem gradu, & ita essent duo domini insolidum, id quod fieri nequit. l. si ut certo §. si duobus uehiculum. ff. commod. & tamē Aphricanus in casu proposito dicit nepotē futurum suum hæredem tam patri, quam auo. Vt igitur intelligantur hæc, dicito filium institutum posthumo præterito, non posse hæredem effici ex eo testamēto, quod poterat posthumi natiuitate rumpi. quamdiu enim rumpi testamentum potest, non defertur ex eo hæreditas. l. uentre. ff. de acquir.

quir. hæred. ab inteſtato minime potera hæres exiſtere. nam quam diu poteſt ex teſtamento adiri hæreditas, ab inteſtato non defertur.l.quam diu.ff.de acquir. hæred.ſed hic poterat adiri hæreditas a ſubſtituto: & ſic cauſa teſtati poterat incipere à ſecundo gradu, hanc ob cauſam non poterat cauſa inteſtati locum habere.d.l. quam diu. unde fit, ut filius ex teſtamento hæres eſse non poſſit, propter poſthumi præteritionem,& hoc ſolum facit ipſa præteritio, non autem tollit ſuitatem. nec ab inteſtato poteſt ſe immiſcere,cum poſſit cauſæ teſtati,ex ſub ſtitutione uulgari locum eſse ut ſupra dixi. & quia teſtator ſubſtituendo dixerat, ſi filius meus hæres non erit, quod perinde eſt, ac ſi dixiſset, ſi noluerit, uel non potuerit, bona mea accipere.l.cum proponas. C. de hæred. inſti. Cum igitur impleta ſit altera pars conditionis alternatiue, ſub qua uocatus fuerat nepos, ideſt ſi filius non potuerit eſse hæres,& ipſe filius,nec ex teſtamento, nec ab inteſtato, ut ſupra demonſtratum, eſt,potuit effici hæres. merito igitur admittitur nepos per ſubſtitutionem uulgarem, qui accipit bona aui,cui ſcilicet auo,per uulgarem ſucceditur. Inſti.de uulga. & pupil. ſub.in princ. quibus acceptis, filius deſinit eſſe ſuus hæres,ut ſæpius dictum iam eſt.& nepos ſuus hæres auo efficitur, cum ſit in eius poteſtate,& in eum bona trãſlata ſint, quæ duo ſcilicet, patria poteſtas, & bona, faciunt ſuitatem,ut diximus. Intellige tamen,quod tempore quo filius moriebatur, adhuc erat dubium,an poſthumus naſceretur,ſed poſt mortem filii conſtabat poſthumum non poſſe amplius rumpere teſtamen tum quia mater fortaſſe abortum fecit, & ſic non fuit impedimento, quo minus nepos auo ſuus hęres ex teſtamento exiſteret. ſi uero poſthumus mortuo filio natus eſſet, tunc nepos fuiſſet ſuus hæres auo ab inteſta to una cum poſthumo.§.cum autem. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt.defe. fuit etiam deinceps nepos ſuus hæres patri, uel ab inteſtato, uel fortaſſe ex teſtamento, habebat enim fortaſſis bona caſtrenſia. Patet itaque ſubſtitutionem uulgarem, non eſſe cauſam quamobrem filius deſinat eſſe ſuus hæres: ſed eſt in cauſa, ut a filio auferantur bona, quibus ablatis deſinit eſſe ſuus hæres, ut ſupra declarauimus. Ablatio igitur bonorũ facit filium deſinere ſuum eſſe hæredem, & non ſola poſthumi præteritio, ut Chriſto. ait. ſi enim nepos non fuiſſet ſubſtitutus, ſi lius licet non potuiſſet moriens cum effectu exiſtere hæres, tranſmiſiſſet tamen illud ius quod habebat in nepotem, qui poſtea non nato poſthumo ex inſtitutione ſeu tranſmiſſione à patre ſuo facta adiuiſſet hæreditatem aui, ut in uerſiculo, quod ſi nemo, ubi nepos,non erat ſubſtitutus: & quia eo tempore quo filius moriebatur, certum erat,neminem ex eo teſtamento eſſe hæredem. filius enim non poterat,cum non poſſet ex eo adire hæreditatem poſthumo non dum nato, alius minime,cum non eſſet alius inſtitutus,& ſic teſtamento irrito facto non adita hæreditate, ſuccedit cauſa inteſtati.l.ſi nemo.ff.de teſtamen. tutel.& Inſti. de hæred.quæ abinteſt.defe. in princ. hanc ob cauſam dicit Aphricanus quod ipſemet filius inteſtato patri hæres exiſtit. id quòd non eſſet,ſi fuiſſet nepos ſubſtitutus uulgariter, ut in primo caſu.

Quia ſupra facta eſt mentio ſui hæredis, non ab re eſſe putaui hîc diffinire quid ſit ſuus hæres, de quo ſæpius fui interrogatus, & licet diffinitio deberet præcedere,tamen perinde habeatur, ac ſi præcederet. Dicas
15 itaque hoc modo. † ſuus hæres, eſt is qui una cum patre, bonorum ſuorum eſt dominus. Hæc diffinitio, cum ſuo conuertitur diffinito: nam omnis qui una cum patre bonorum ſuorum eſt dominus, eſt ſuus hæres l.in ſuis.ff.de lib.& poſth. eſt igitur diffinitio bona: conſtat enim ex genere & differentiis. illa enim dictio is, ponitur loco generis, continet enim etiam eos qui non ſunt domini. illa uerba,qui eſt dominus,ponuntur ad differentiam eorum, qui nõ ſunt domini, ut ſunt ſerui. uerba illa, una cum patre, ad differentiam emancipatorum ponuntur, qui uiuo patre,non ſunt domini. illa uerba ſuorum bonorum, ponuntur ad differentiam eorum, qui efficiuntur domini alienorum bonorum, ut puta hæredes extranei. Scribentes, qui de ſuitate tractant,
16 ſolent quærere, † quo iure introducta ſit ſuitas? & reſpondent, præſertim. d. Ang. de Peru-

de Periglis in.l.in suis.ff. de libe. & posth. à l.12. tabul. & consequenter a iure ciuili esse introductam, allegant tex. Insti. de hæred. quæ abintes. defe.§.1. qui minime id probat.

Tu uerò dicito, hanc suitatis apppellationem, nullo iure fuisse introductam, nullibi enim, apud iure consul. huiusmodi nomen reperies: sed hoc nomen uti magistrale à doctoribus fuisse inuentum: est enim nomen non latinum, sed perinde est ac si diceretur saxeitas à saxo, roseitas, à rosa, humanitas ab homine, ita ducta est suitas à suis hæredibus. Et quemadmodum humanitas, hominis naturam significat, ita saxeitas, si reperiretur, saxi naturam, & roseitas rosæ naturam significaret, ita suitas suorum hæredum naturam significat. Non obstat modo tex.in.d.§.1. nulla enim ibi fit mentio suitatis. sed dicit intestatorum hæreditates ex.l.12. tabul. primum ad suos hæredes pertinent. nam ius ciuile, liberis suorum hæredum nomen, duntaxat indulsit, propter quod à Iure consultis semper appellantur sui hæredes, & nullibi apud eos reperitur hæc appellatio suitas, nec reperitur hoc pronomen suus in hoc significatu sine hærede, sed semper hæ duæ dictiones simul iunguntur, ut suus hæres, & sui hæredes. & quare filij sui hæredes appellantur. supra diximus.

17 Quærunt etiam scribentes † quid sit suitas? d. Ang.in.d.l. in suis, ponit diffinitionē, quæ minime placet. dicit enim, suitatem esse quoddam ius intellectuale, & directum propter patriam potestatem, & quandam domesticitatem dominij bonorum ascendentium, continuatione ad successores proximos, post mortem immediate inducens. Longa est profectò, & uix uno spiritu pronunciari potest, sed in ea reprobanda, non est laborandum. nam si ostenditur, suitatem non esse ius, procul dubio diffinitio corruit nam ut sæpius supra dictum est, ius est ordinatio, seu constitutio ciuitatis, ut. 1.Polit.& in.§.ius autem ciuile, uers. quod quisque. Insti.de iur. nat.gent.& ciuil.id igitur quod ciuitas non constituit, non est ius, scilicet ciuile: sed hoc nomen suitas nō fuit, nec inuentum, nec constitutum à ciuitate, ut supra dictum est: ergo non est ius, si non est ius, ergo diffinitio non est bona. Non obstat.l.posthumorū, de iniust. rup.irri. test. ff.allegata per.d.Ang.non.n. ibi dicitur, suitatem esse ius, sed solum dicit, filiū qui gradu præcedit, solum habere iura sui hæredis, & nepos, qui in eius locū succedit, eodē modo suorum hæredū iura nanciscitur: nō dicit iura suitatis, sed iura suorū hæredum, quod perinde est, ac si diceret, iura filiorum in primo gradu, & in potestate existentium. Reliqua autem posita in diffinitione per se corruunt. Vnde paucis ita diffinito, seu describito. suitas est nomen quoddā à Doc. inuentum, naturā suorū hæredū significans. Hæc ex genere & differentijs constat, si bene cōsideretur, aperitque quid sit, id quod diffinitur: ergo bona. Rursus scribentes dicunt,

18 † suitatem efficere, ut hæreditas patris trāsmittatur à filio suo hærede, etiam in extraneum hæredem, & dicunt hanc esse communem opinionem, allegant tex. in.l.3.C. de iur.delib.&.l.apud hostes.C.de suis & legit. hæred. ego uerò fateor hæreditatem, nondum aditam à suo hærede transmitti etiam in extraneum hæredē, ut.d.l. manifestè probat, & communis opinio confirmat: sed id fieri iure suitatis audacter nego. Et ut intelligatur quamobrem hæreditas transmittitur, etiam non adita, repetamus ea, quæ alias diximus supra in materia bono. posses. morruo aliquo, puta Camillo, à ciuitate seu lege, omnia defuncti iura, in unum cumulū colligi, ex qua collectione fit quoddam ius uniuersum. & quia bona ista, essent sine domino, hanc ob causam lex facit quandam successionem, cui nomen est hæreditas. Sed ut clarius intelligatur, finge illam successionem esse unam puellam, quæ uocetur hæreditas, hæc succedit, seu accipit illud ius defuncti uniuersum, efficiturque illius domina.l. non minus.ff.de hæred.instit.§.fin. ubi Gaius ait, creditum est hæreditatem dominam esse & defuncti locum obtinere. & hoc modo intelligitur tex. in.l. nihil est aliud. ff. de uer.sign. dum ait, hæreditas est successio in uniuersum ius. ibi enim illa successio non fit ab homine, sed à lege, & est illa puella, quæ succedit in uniuersum ius, uocaturque hæreditas. uide Bar. in.l. bona in 5.colum. uers.quæro ergo.ff.de bon. pos.

homo enim multo post tempore succedere potest, hoc est usque ad triginta annos.l. licet.C. de iure delib. & ibi not. & tamen interim est successio in illud uniuersum ius: succedit igitur puella illa ficta, eritque bonorum domina tantisperdum ab alio, cui desponsata est, uel à testatore uel à lege accipiatur, hanc autem puellam potuit Camillus in suo testamento desponsare, cuilibet idoneo tamen. Finge igitur Camillum in suo testamento spopondisse eam Fabio, hoc est scripsisse Fabium hæredem: hic Fabius antequam accipiat illam puellã, hoc est hæreditatem, solum dicitur hæres hoc est dominus scriptus, non enim est dominus re ipsa, cum nondum adierit hæreditatem, interim tamen habet ius adeundi, hoc est accipiendi hæreditatem: & ius adeũdi est ius quærendi, ut Bar. ait, in.l. is potest.ff. de acqui. hæred. & est ueluti quoddam instrumentum seu quædam uia, qua hæres potest adire hæreditatem, si igitur Fabius accipiat puellam illam, hoc est si adeat hæreditatem efficitur dominus, & illa statim petit: non enim ei licet cum sponso suo morari, & sicubi inuenies appellari hæreditatem, postquam scriptus hæres eam acceptauerit, dicas eo modo appellari hæreditatem, quo homo mortuus appellatur ho-

19 mo, & sic impropriè. Si uero † hic Fabius moriatur, antequam adeat hæreditatem Camilli, non potest illam transmittere ad suũ hæredem, puta ad Petrum eius fratrem, cum eam non habeat, nemo enim plus commodi hæredi suo relinquit quam quod ipse habuit.l.nemo.ff.de reg. iur.& in hoc casu intelligitur tex.§. nouissimo.C. de cadu. toll. ubi Imperator ait, hæreditatem nisi fuerit adita transmitti nec ueteres concedebant, nec nos patimur. habet enim locum illa regula in extraneis, qui non sunt ex descendentibus. Et licet hæres scriptus, seu legitimus possit infra triginta annos adire, solet tamen à Iudice compelli creditoribus hoc petentibus ut intra aliquod tempus adeat, uel repudiet, ne tanto tempore creditores defraudentur, quo fit ut hæres petat sibi dari tempus ad deliberandum, & lege constitutum est, ut ad id faciendum habeat annum, à tempore quo sciebat sibi delatam esse hæreditatem, si interim expresse is adeat uel repudiet, non est ulterius quæ-

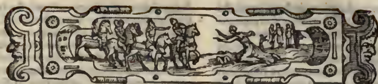
20 rendum. At si, nec † adita nec repudiata hæreditate, dum consultat, intra illius anni spatium moriatur, ius illud deliberandi ad hæredem transmittit, qui hæres eo tempore, quod ex anno superest poterit illam hæreditatem adire seu repudiare. at si elapso anno moriatur hæres, ipse cum sua successione ab huiusmodi beneficio excluditur.l.cum antiquioribus.C. de iur. delib. si uerò institutus uiuat, poterit ipse usque ad triginta annos adire hæreditatem, ut not. in d.l.cum antiquioribus, &.l.licet eo. titu. Ex his patet extraneum hæredem posse transmittere ius deliberãdi in eius hæredem. Itẽ patet, quamobrem hæreditas non adita ab extraneo non transmittitur.l.unica.C.de cadu.tollen. At si moriatur pater, relicto filio in potestate, lex non colligit omnia patris iura, nec facit illud ius uniuersum, & consequenter non facit successionem, hoc est hæreditatem, quæ ut diximus est domina ratio est, quod bona, mortuo patre non sunt sine domino, ut erat in casu præcedenti nam uiuo patre filius est dominus, habetque dominium uerum, sed non plenum, habet enim duntaxat ciuile dominium sine administratione, ut alibi diximus, quod qui dem dominium, mortuo patre continuatur l.in suis, de libe. & post ff. & quemadmodũ filius uiuo patre erat dominus, ita sine aliquo momento, eo mortuo, est etiam dominus. non est igitur aliquod temporis momentum, in quo possit esse alia domina, & sic hæreditas.d.l. in suis ubi Iureconsul. ait, in suis hæredibus apparet continuationem dominij eo rem producere, ut nulla uidea-

21 tur hæreditas fuisse, intellige illũ tex. † quo ad dominiũ ciuile: sed quia uiuo patre filius non habebat bonorum administrationem, neque dominium naturale, sed eo mortuo hæc, consequitur, hanc ob causam interdum filij dicuntur ad hæreditatem uocari ut in.§.1.insti.de hæred. quæ ab intes. defe. & impropriè quidem, hoc est ad administrationem, & dominium naturale, quasi illa administratio cum dominio naturali, antequã accipiatur à filio, hæreditas existat. Cum itaque filij uiuo patre, & eo mortuo, etiam ignoran-

ignorantes sint domini, hinc efficitur, ut & si non immisceant se hæreditati hoc est ad ministrationi bonorum, illud; ciuile dominium transmittant in suum hæredem, ut puta Petrum, in quem siue sit testamentarius, siue legitimus, adita filij hæreditate trâseût omnia iura, quæ erant in hæreditate filij, ut l. cum hæredes. ff. de acqui. poss. sed in hæreditate filij, inter alia iura erat dominium illorum bonorum, ciuile itaquam quod fuerat etiam patris, ergo & illud transit in eius hęredem, & sicut filius poterat consequi dictorum bonorũ administrationem, & consequenter dominium naturale, ita etiam & Petrus eius hæres potest succedere patri ipsius Fabij in dominium naturale, & in bonorum administrationem, & hoc modo intelligitur tex. in d. l. apud hostes. & l. 3. supra citatis intellige sane dominiũ duntaxat ciuile trâsmitti, dominium uero naturale, & bonorum administratio non transmittuntur in hæredem. est enim duplex dominium, ut diximus in declaratione. l. qui se patris, unum ciuile quod à ciuitate est introductum, naturale alterum, seu iurisgen. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. quemadmodum enim reperitur obligatio ciuilis & naturalis, ut not. Inst. de oblig. in prin. & possessio ciuilis & naturalis, ut not. doct. in. l. 1. de acqui. pos. ita consentaneum est reperiri & ciuile & naturale dominium, cum diuersitatis ratio reddi non possit. l. à Titio. ff de uerb. oblig. sed naturale sine traditione non acquiritur. l. si ager, & ibi Bar. ff. de rei uend. & l. traditionibus. C. de pact. & ibi scribentes, & præsertim Ias. uel alijs modis quibus Inst. de rer. diuis. acquiri potest. ciuile uero sine traditione acquiri certum est. l. fi. C. de sac. san. ecc. & ibi Bar. & Ias. & l. à Titio. ff. de fur-
22 tis. Nam quemadmodum † ciuitas inuenit ciuile dominium, ita constituit illud acquiri interdum sine traditione. & ubicunque inuenies dominium acquiri sine traditione, dicas illud esse dominium ciuile, nec dicas esse speciale, ut aiunt doct. illud igitur dominium ciuile est penes filium uiuo patre, non autem naturale, propter quod dicitur quasi dominus, seu quodam modo dominus. d. l. in suis. ff. de lib. & posthu. & §. sui. Instit. de hæred. qual. & diff. ponitur enim illa dictio quasi, & quodammodo, ad differentiam eorum, qui habent ciuile & naturale dominium, qui plenè sunt domini, & non quasi. Præterea dicitur quasi dominus, quia licet uerum habeat dominium, non habet tamen plenum, deerat enim administratio bonorum, quæ erat penes patrem. Quod autem naturale dominium non sit penes filium, hoc modo demonstratur, dominium naturale seu iurisgen. ex naturali possessione cæpit esse, ut. l. 1. ff. de acqui. pos. sed filius uiuo patre, non habet naturalem bonorum possessionem, cum administratio sit penes patrem, & filius uti pars, & instrumentum patris pro patre possideat. l. 1. §. item acquirimus. ff. de acqui. pos. & sine possessione dominium naturale non acquiritur, ut diximus in declaration. acqui. possess. ff. non est igitur penes filiũ dominiũ naturale uiuo patre. Preterea filius uiuo patre est suus hæres, ergo est quasi dominus, ut. d. l. in suis. at si emanciparetur, desinit esse suus hæres. §. sui. Inst. de hęr. qual. & dif. si desinit esse suus hęres, ergo desinit esse dominus, si desinit esse dominus, amittit dominium: sed quod amittit? naturale non, quia emancipatio, qui est actus ciuilis, non potest tollere dominiũ naturale; ciuilis. n. ratio ciuilia quidē iura corrumpere potest, naturalia uerò non utique, Inst. de leg. agn. tut. §. fi. amittit igitur ciuile quod habebat. Adde quod dominiũ naturale acquiritur uel per traditionē præcedenti titulo habili. §. per traditionē. Inst. de rer. diui. uel per occupationem seu inuentionem, alijsque modis de quibus in Inst. de rer. diui. & ff. de acqui. rer. dom. sed nihil horum in bonis patris, eo uiuente intercessit, ergo illorum bonorum naturale dominium non acquisiuit. Habet igitur filius uiuo patre dominium duntaxat ciuile, quod iure ciuili hoc est ciuitatis constitutione absq; supradictis modis acquiri potest, ut diximus. quod dominiũ ciuile mortuo patre continuatur in filium & inter bona filij connumeratur, quo fit ut adita filij hæreditate, ab aliquo hærede etiam extraneo, illud dominium cum alijs iuribus transeat in hæredem, ut supradictum est.
23 Ratio † igitur quamobrē trâsmittitur patris hæreditas, etiam ad extraneum, non est

suitas: sed eo efficitur, quod uiuo patre filius est dominus, illudque dominium cum potestate accipiendi illorum bonorum administrationem, ad hæredem etiam extraneum transmittit. Nec dicas suitatem esse in causa, ut sint filij quasi domini imo quia filij sunt quasi domini, & ad debitam successionem ratio naturalis eos uocat, dicuntur sui hæredes, ut l. cum ratio. ff. de bon. damn. ubi Iureconsult. ait, cum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita liberis parentũ hæreditatem addiceret, uelut ad debitam successionem eos uocando. ecce quod antequã essent sui hæredes, ratione naturali ad debitam successionem uocabantur. subdit deinde, propter quod in iure ciuili suorum hæredum eis nomen indultum est. non enim hoc nomen suitas est causa ut hęreditas trãsmittatur ad extraneos, ut aiunt communiter docto. nam quemadmodum roseitas nõ est causa ut nascatur odor, sed rosa ipsa, nec saxeitas siue lapideitas est causa ut lædatur pes, sed ipse lapis seu saxum, ita nec suitas est causa, ut transmittatur patris hæreditas etiam in extraneum, sed causa est quod filij etiam uiuo patre sunt domini: illudque dominium in eorum hæredem etiam extraneum, ut supra demonstratum est transmittunt.

34 Est item alia † transmissio, quæ ut doct. aiunt, iure sanguinis efficitur, sanguis enim est causa, ut hæreditas ascendentium utriusque sexus, quæ natura descendentibus debita est. l. scripto. ff. und. leg. &. d. l. cum ratio, transmittatur in ipsos descendentes. Pone itaque Camillum esse patrem, & Portiam matrem, Fabium filium, Petrum filium Fabij, hæreditas Camilli, & Portiæ est iure naturæ debita, & Fabio filio, & Petro nepoti simul. ut. d. l. scripto. &. l. fi. C. de codicil. §. si quis uerò in fi. si Fabius moriatur, nec adita nec repudiata parentum hæreditate, eam in Petrum filium transmittit, qui adita patris sui Fabij hæreditate, poterit & hæreditatem Portiæ auiæ, & Camilli aui tanquam sibi debitam & iure sanguinis ad se transmissam uendicare. l. unica. C. de his qui an. aper. tab. ubi Imperator ait, memoratas personas, nulla præscriptione obstante sibi tanquam debitam uendicare, intellige tu personas ad quas fit transmissio, ita enim intelligi oportet. Sed quæritur, quamobrem filius non transmittat hæreditatem, ascendentis sibi debitam iure sanguinis in hæredem, qui non est ex liberis, quemadmodum transmittit filius, qui est suus hæres? Responde iure naturæ filij non uocabantur sui hæredes, nomen enim suorum hæredum à iure ciuili filijs est indultum. d. l. cum ratio. eodemque iure effectum est, ut sui hæredes dicantur uiuo patre, quasi domini. §. sui. Inst. de hæred. qual. & diff. &. d. l. in suis, filius autem emancipatus, & filij respectu matris & aui materni non dicuntur sui hæredes, ut cuique constat: si non dicuntur sui, ergo non sunt quasi domini illis uiuis: si non sunt quasi domini, ergo nec ciuile nec naturale habent dominium: si nec ciuile, nec naturale habent dominium, ergo nihil iuris habent in illorum ascendentium bonis, nihil igitur possunt in hæredem qui non sit ex liberis transmittere l. nemo potest. ff. de reg. iu. sed solum transmittunt illorum hæreditatem in eorum filios, quibus etiam est quasi debita, & tanquam sibi debitam uendicare possunt, ut dicit Imperator in. d. l. unica. C. de his qui an. aper. tab. Si itaque filius est suus hæres, & sic quasi dominus, illud domininm ciuile quod in bonis patris eo uiuente habebat, poterat non solum in descendentes, sed etiam in extraneum hæredem transmittere, ut supra diximus, poterat etiam iure sanguinis transmittere ascendentium hæreditatẽ, uti debitam in descendentes duntaxat, & sic habet duo beneficia: quemadmodum idem filius in potestate potest succedere ut suus hæres, uel si malit ut agnatus. l. 2. ff. und. leg. ita etiam poterit, uti suus hæres transmittere patris hæreditatem, ad hæredem etiam extraneum. item ut filius duntaxat, non autem ut suus hæres, potest iure sanguinis ascendentium hæreditatẽ in descendentes tantum, quibus iure naturæ debita est, transmittere. d. l. unica. C. de his qui ant. aper. tabul. &. d. l. cum ratio. ff. de bon. damn.



D. VACONII A VACVNA

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

Liber quartus.

Summarium

1 *Continuatio tituli ad titulum non est facienda.*
2 *L.2.ff de statu homi. declaratur.*
3 *Compilatores.ff.quem ordinem secuti sunt.*
4 *Continuatio tituli de legatis, quomodo fieri debeat.*

I. DECLARATIO, an sit facienda continuatio.



SCRIBENTES uarijs in locis disputant, an continuatio tituli, ad titulũ facienda sit: communis conclusio est eam necessario esse faciendam ita refert Ias. in rub.de act. Insti. ubi citat multos hoc tenentes, quos uidere poteris, potissimum eorum fundamentum est, in.l.ij.ff.de statu. ho. & in.l.cũ delanionis.§.asinã.ff. de fun.instrue. Ego
2 aũt semper existimaui, hanc † cõem opinionẽ, esse falsam, ut mox aperte ostendã: dicit enim Gaius in.l.1.de statu. hom. omne ius quo utimur, uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones: subdit deinde Hermogenes, cum igitur hominum causa, omne ius sit constitutum, primò de statu hominũ ac post de cæteris, & his proximos atque coniunctos applicantes titulos. hoc idem promittit Imperator se facturum, in.§.fin. Insti. de iur. natu. gen. & ciui. per eadem uerba. Nunc uidendum est, an illi ueterum uoluminum collectores, seu ut aiunt. Compilatores, ordinem ab Hermogene promissum, secuti sint? si bene inspiciatur, clarè constabit eos minime ordinem hunc secutos. ait enim Hermogenes, dicemus prius de statu hominũ, & his applicabimus proximos titulos. qui sunt hi tituli proximiores titulo de stat. hom? illi profectò, quos enumerat Imperator in.1.lib.insti. in quo ipse etiam promittit, se dicturum de personis, ut. d.§.fin. & incipit de iur. perso. sicut Compilatores in .ff. de statu hominum. deinde Imperator ponit, quibus ex causis manu. non lic. qui titulus, non solum non est positus a Compilatoribus in 1.lib.

1.lib.ff.uet.post titulum de statu. homi. sed est collocatus in.ff. noc. incipiens, qui & à quibus. Deinceps Imperator, inter titulos coniunctos titulo, de iur.pers.posuit titulū de nup. Compilatores uerò non in.1.lib.ff. sed in 23.collocauerunt. postea Imperator continuans personarum materias, posuit titulum de tutelis, de auct.tut.de excus.tut.& similes: quos titulos compilatores, non solum non posuerunt in.1.lib.ff.uete.ubi loquuti sunt de stat. homi.sed adscripserunt in Infor. ut uidere licet. Ex his itaque sequitur, aut Imperatorem male posuisse dictos titulos in 1.lib.ubi dixerat se tractaturum de personis, aut Compilatores non fuisse secutos ordinem Hermogenis, cum non posuerint supradictos titulos, post titu. de stat. homi. qui sunt ei coniuncti, & proximi. sed nequaquam dicendum est Imperatorem errasse, ergo collectores non sunt ordinē Hermogenis secuti. Accedat ad hoc, quòd nulla reddi potest ratio, quamobrem magis unus titulus, quam alius sit ante positus. nam in.ff.uet. 22.lib. reperies prius de proba. & præsump. deinde de fid. instru.postea de testi. in.C.uero in.4.li.prius de proba.mox de testibus, deinde de fid.instrum. Item in.ff.post titulum de testi.sequitur titulus de iur. & fac. igno. sed in.C. ille titulus est post titulum de uet. iur. enucl. in.1. lib. Item in.C.post titul.de fide instr. sequitur titulus commod. qui titulus in.ff. non solum, non est positus post tit. de fide.instr. in 22.lib.sed in 14.lib. post titulum de con sti. pecu. reperitur. Si igitur Compilatores uoluissent applicare titulos proximos atq; coniunctos titulo de stat. homi. qui nam erant proximiores coniunctioresque, quam illi de quibus diximus, & ab Imperatore proximi iudicati sunt: & tamen longè procul, & quidem sparsim sunt inscripti, ut supra demonstratum est. Quamobrem si necessariò titulorum continuatio facienda esset, dicendum foret, aut collectores, aut Imperatorem errasse. nam si collectores rectè collocassent dictos titulos, Imperator proculdubio errasset: si uero Imperator bene continuasset, Compilatores utique peccassent, quod neutrum recipiendum est: ergo non est necessario facienda continuatio, sed quisque eorum suum ordinem, suo arbitratu prosecutus est. Non obstat †.d.l.2.

2 ff.de stat.hom.in qua est præcipuum Doc. fundamentum: & pro solutione sciendum est, Iureconsultos fecisse olim interpretationes, & commentarios, super leges superque prætorum edicta, ut patet in.l.1.ff.de orig.iur.cum igitur Hermogenes esset facturus interpretationes, seu commentarios, tam super leges, quam super prætorum edicta, pollicitus est se obseruaturum eum ordinem de quo ipse in.d.l.2.ne igitur mentiretur in libris suis, debuit eum obseruasse: Cōpilatores uero licet posuerint eam legem, non tamen secuti sunt eundem ordinem, ut clarè ex supradictis constat. Hoc idem fecerunt in.l.1.de stat.homi.ubi ponunt uerba Gaij dicentis, omne ius uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones. & tamen compilatores ordinem Gaii minime seruarunt. nam post tractatum de stat. homi. posuerunt secundum articulum, de iudiciis: in tertia uerò congregatione tractarunt de rebus: in septimo, & ultimo articulo ponunt de stipul. & obligatio. ut patet in.l.2.C.de ueter. iur.enu.in.§.secundus autem articulus. cum sequentibus. Ex his itaque patet, Compilatores non fuisse earum legum ordinem secutos. quamobrem d.l.2.intentionem scribētium minime probat, qua sublata eorum fundamentum omnino corruit. stet ergo uera conclusio hæc, continuatio tituli ad titulum, non est necessariò facienda. nec uera ratio reddi potest, quamobrem tituli sint ita positi, tam in.ff. quam in.C. Sed quoniam non est uerisimile Compilatores in tam pulcherrimo opere, ita concinne extructo, sine ordine processisse: hanc ob rem, aliquis ordo quærendus est. dico igitur, † eos secutos fuis-

3 se ordinem sibi ab Imperatore iniunctum, qui Tribuniano aliisque Compilatoribus mandauit, ut illa duo milia librorum reducerent, digererentq; in quinquaginta libros, reiectis omnibus ambiguitatibus, omnique superfluitate remota, quibus quinquaginta libris, nomen Digestorum seu Pandectarum imponerent, eosque in septem partes digererent, quas partes Imperator eis distinctè commisit, de quibus in

l.2.C.de

l.2 C.de uet. iur. enu.in.1.& 2.col commisit rtem, ut leges subderent congruis titulis, ut in.§.quibus, in.1.const.C.& quia fines mandati diligenter custodiendi sunt.l. diligenter.ff.mand. idcirco ipsi Compilatores ad unguem eum ordinem seruarunt.diuiserunt enim indigestum illud opus, in illos quinquaginta libros, prout eis iniunctum erat, & collocarunt leges sub titulis congruis,ut ex earũ lectione patere potest, id quod,& in tit.de legatis fecerunt. fuerat enim mandatum,ut in 5.articulo hoc ast in quinta parte ponerent duos lib. de testa. & Codicil. ut.d.l.2.§.quintus. & licet sint incerti multi alii tituli,totus tamen articulus appellatur de testamen. ut patet in.d.§. quintus. deinde mandauit, ut huic articulo de testa.aggregarent quinque lib.de leg. & fideicom.ut patet in.d.§.quintus. in uer. de legatis autem. & ita fecerunt, ut facilẽ ex eorum inspectione uidere licet. Continuatio ergo tituli de legatis, uera est hæc. Supra Compilatores posuerunt articulum de testa. ut sibi iniunctum erat: nunc uerò posuerunt de legatis, ut adimplerent ordinem ab Imperatore eis demonstratum.

Summarium

1 *Pars & totum tripliciter sumi potest.*
2 *Legata sunt pars subiectiua generis, testatio mentis: uel est sententia nostræ uoluntatis &c. & nu.3.*
4 *Verbum, iusta,in diffinitione testamenti quid significet.*
5 *Legata non sunt pars integralis testamenti. sed Accidentalis nu.6.*

LII. DECLARATIO

quomodo legata sint partes. testamenti.

QVærunt scribentes, an legata pars sint testamenti, Ale.ait, legata non esse partem testamenti, quia illa est pars sine qua totum esse non potest.l. malum.ff.de uerb. signifi. sed testamentum absque legatis existere potest. ergo &c. quod autem id fieri possit, probatur in.l.1. in uer. qui neque.ff.de hær. inst. Soc.& alii docto. hic dicunt, aut quæritur, an legata sint pars testamenti subiectiua, & aiunt esse partem subiectiuam testamenti in genere sumpti. aut quæritur an sint pars integralis,& negãt esse partẽ integralẽ testamẽti in genere,sed bene inquiũt ipsi, sunt pars integralis testamẽti in specie, postquam in eo, relicta sunt. hæc in summa ex eorum mente colligi possunt, quæ cuique paulo eruditiori funditus reiicere atque refutare facile foret. Tu uero pro uera huius rei in-
1 telligentia dicito † partem tripliciter posse sumi. aliqua enim est pars subiectiua,ut species,respectu generis. Aliqua est pars integralis seu integrans, ut est paries ad domum, & hæ duæ partes colliguntur ex uerbis Bar.in.l.qui usumfructum.ff.de uerbor. obl.uer. ult. pro declaratione. Alia item est pars accidentalis, quæ potest abesse & adesse præter sui subiecti corruptionem,ut claues & claustra in domo.l.fundi.ff. de actio.
2 empti. Si igitur queris an † legata sint pars subiectiua, & tunc dicas legata esse partem subiectiuam istius generis,testationis mentis: si quidem testatio mentis, est tanquã genus transcendens, sicut ens apud logicos nam omnis sermo dicitur testatio mentis: uerba enim ideo inuenta sunt, ut uoluntatem dicentis demonstrent.l. Labeo. ff. de suppel.leg. & testamentum ac omnis protestatio potest, testatio mentis, appellari, ut colligi potest in.l.non solum.§.morte.ff. de nou.ope.nunc. hoc autem genus scilicet testatio mentis, treis continet species, uidelicet testamentum cum hæredis institutione, legata,& donationes causa mortis. ualet enim argumentum, est legatum,ergo est testatio mentis: sicut homo est,ergo animal est. non tamen sequitur, est legatum, ergo testamentum in specie, sicut non sequitur, est equus ergo est homo. testamentum enim est species illius generis transcẽdentis, quæ testatio mentis nuncupatur. In sti. de testa. in princ. ubi dicitur testamentum est testatio mentis, non enim ualeret è contrario,est testatio mentis, ergo est testamentum, quia potest esse donatio causa mortis, sicut non ualeret est animal, ergo homo. non enim argum. de genere ad speciem affirmatiue duci potest. Ex his colligitur

gitur tam legatum, quàm testamentum esse species subiectiuas huius generis, quæ testatio mentis nominatur. Est & aliud
3 † genus subalternum, uti est sententia nostræ uoluntatis de eo quod quis post mortem suam fieri uoluit. hæc omnia quidem uerba sunt loco generis in ultimis uoluntatibus, ut dicit Bar. in.l.1.ff.de testa.cuius species dici possunt, testamentum, legata, seu codicilli, donationes causa mortis. hoc etiam modo legata appellari possunt pars subiectiua istius generis.sequitur enim sunt legata, ergo est sententia nostræ uoluntatis de eo &c. eodem modo est testamentū, ergo est sentētia nostræ uolūtatis de eo &c.

Patet itaque testamentum & legatum, esse duas species illius generis, uidelicet sententia uoluntatis nostræ, de eo &c. Differentia specifica, qua testamentum differt à legato, est ille terminus iusta, idest perfecta in legato enim sententia est iusta, sed minus perfecta, ita tenet Bart.in.l.1.ff. de testa.& Ias. insti.de testa. Tu uerò dicas differentias specificas, ostendi illo uerbo,
4 † iusta. cum nil aliud significet, quam secundum leges. omnia enim quæ sunt a lege diffinita, dicuntur iusta: omnia itaque legitima merito iusta habentur. Arist.5.Ethic. circa princ. & ita testamentum est iusta sententia nostræ uoluntatis de eo &c. iusta, id est secundum leges, loquentes de testamento, quæ requirunt hæredis institutionem, aliaque solemnia, ut in.l.iubemus.C.de testa. Item codicilli, est iusta sententia nostræ uoluntatis de eo &c. iusta, hoc est secundum leges, loquentes de codicillis, quæ tantum quinque testes sibi postulant.l.fi C. de codicill. Item donatio causa mortis, est iusta sententia nostræ uoluntatis iusta, idest secundum leges loquentes de dona. caus. mor. quæ requirunt quinque testes, & stipulationem, seu traditionem, atque partis præsentiam.l.fin. C. de dona. caus. mor. & insti.de dona.& ibi Docto. illud ergo uerbum, iusta, specificas differentias cuiq; speciei afferre uidetur. Cum itaque tam legatum, quam testamentum, sint species eiusdē generis, non potest legatum esse pars subiectiua testamenti in specie. species enim nō prædicatur de alia specie. non enim sequitur, est equus, ergo est homo. Ex his clarè patet, legatum esse partem subiectiuam, huius generis, idest sententia nostræ uoluntatis de eo &c. non tamen est pars subiectiua, testamenti in specie, ut aiunt scribentes.

5 Si uero quæris, an † legata sint pars integralis testamenti, in specie: & tunc dicas, nec antequam sint facta, nec postquam sunt in eo facta, sunt pars integralis. pars enim integraus, est ea sine qua totum esse non potest: ut est paries ad domum, & malus ad nauem.l.malum.ff.de uerbor.sign.&.l.eum qui.ff.de usucap.& ibi glos.sed testamentū, potest esse sine legatis.l.1.ff.de hæred.instit. qui neque legaturus. & non solum potest fieri sine legatis, ut ibi: sed si in eo sunt relicta legata, possunt ea in codicillis adimi. Insti.de ademp. leg. remanet tamen firmum testamentum, & sic patet, nullo modo legata esse partem integarlem testamenti. Non obstat id quod dicit Soc. & alii Docto.in.l.si is qui testamentum.ff. de test. ex qua colligunt, legatum esse partem integrantem testamenti. pone enim aiunt ipsi, quod testator proposuerit instituere hæredem, & facere legata: instituto mox hærede & morte impeditus, non fecit legata: dicūt testamentum non ualere ergo &c. hæc ipsi ad uerbum. Sed aduerte, quod testamentū ibi non corruit, eo quod legata sint pars integralis testamenti, sed ob id, quia testator mente sua quendam suæ uoluntatis conceptum ueluti formam quandam, conceperat (conceperat enim hæredis institutionem, & legata, & cum expressisset hæredem, obmutuit) non ualet hæredis institutio, eo quod uoluntas est imperfecta, & non expressa eo modo, quo erat in mente testatoris concepta. arg.l.cum hi.§.si prætor.ff.de transac. ratione igitur imperfectæ uoluntatis testamentum corruit, non eo quia legatum sit pars integralis testamenti: si enim esset pars integralis, non posset a testamento, sine eius destructione remoueri, quod est falsum. ut Insti. &.ff. de adi. leg. sicut non potest paries remoueri a domo, quin domus destruatur. stet ergo conclusio hæc, legata nullo modo sunt integralis testamenti pars.

6 Si quæris, an † legata sint pars accidentalis:

talis:dicito audacter id ita esse, & hoc uoluit glos. in rub. nostra, pars enim accidentalis, potest ut diximus, adesse, & abesse sine rei destructione, nam claues, & claustra, si sunt in domo, quis neget ea esse partem domus accidentalem. l. fundi. ff. de actio. emp. & tamen sine domus destructione abesse queunt, ita nemo dicet legata facta in testamento, non esse partem testamenti accidentalem, cum in eo insint, possintque ab eo à testatore sine testamenti destructione remoueri. d titu. de adi. leg. Insti. stet ergo conclusio hæc, legata in testamento facta, pars accidentalis ipsius testamenti, uel accessoria, dicenda sunt.

Summarium

1 *Legatum particulare non reperiri, quod hodie a particulari fideicommisso differat.*
2 *Libertas dabatur censu, uindicta, et testamento.*
3 *In ff. non reperitur, lego libertatē. nec legataria libertas.*
4 *Libertas directa, & Institutio directa cur dicantur.*
5 *Libertas data, ab hærede grauato, dicitur fideicommissaria & directa.*

LIII. DECLARATIO AN hodie sit aliquid differentiæ inter legata, & fideicommissa particularia.

QVæritur, an hodie aliquid differentiæ, inter legatum, & fideicommissum particulare existat? Vlpian. in l. 1. ff de leg. 1. scribit, legata per omnia exęquata esse fideicommisis. & Imperator in §. sed non usque. Insti. de leg. inquit, nullā esse inter legata, & fideicommissa differentiam. Doctores ferè omnes asserunt, & hodie aliquod legatum à fideicommisso differre: si quidem legataria libertas, longe à fideicommissaria distat: nam si seruo proprio, quispiam in testamento legauerit libertatem, seruus ille, adita hæreditate, directo efficitur liber. l. testamento manumissus ff. de manumis. testa. nec hæres ex ea libertate, ius patronatus consequitur? si uero libertas relinquatur per fideicommissum, tunc seruus, etiam adita hæreditate, ipso iure, liber nequaquam efficitur, sed manumittendus est ab hærede, & ita hæres efficitur patronus, seruus enim manumissus, est illius libertus, debetque domino operas, ut aiunt, obsequiales præstare. apparet itaque inquiunt Doctores etiam hodie esse aliquid differentię inter legata & fideicommissa particularia, saltem in libertate, si ita est, ut inquiunt ipsi, quid ergo uult iureconf. in. d. l. 1. dum simpliciter ait, per omnia exæquata sunt legata fideicommissis: item cur Imperator. in. d. §. sed non usque, indistincte ait, nullam inter legata, & fideicommissa esse differentiam? Doctores conantur uarijs modis, hunc nodum dissoluere, sed nulla eorum solutio, uniuersalem illam Imperatoris, & negatiuam præpositionem, à calumnia defendit: si quidem præpositio uniuersalis, si in uno peccat, in omnibus redditur falsa: ut ipsi etiam affirmant. dicemus ne igitur, Iureconf. & Imperatorem errasse? minime. sed potius dicendum est, Doctores in hoc deceptos fuisse. Ego uero solitus sum dicere, dum Romæ legerem, & nunc auda-
1 cter dico, † præpositionem illam, & Iureconsulti & Imperatoris indistinctè esse ueram, nec reperiri legatum aliquod particulare, quod hodie à particulari fideicommisso dissideat. & dum Doctores asserunt legatariam libertatem, etiam hodie à fideicommissaria differre, maximopere aberrant. causa autem erroris ea est, quod putant inueniri legatariam libertatem, sicut fideicommissaria, ut. ff. de fideicommis. libertà. id quod à uero, mirum in modum discrepat. nam ego ausim dicere, nullibi in legibus digestorum inueniri, lego libertatē, & consequenter nec legatariam libertatem. & ut facile hoc constet, sciendum est, multis modis posse, proprijs seruis dari libertatem §. 1. Insti. de liber. Antiquitus tamē his præ
2 cipue dabatur uidelicet, † censu, uendicta, ac testamento: quorum mentionem facit Cicero in lib. 1. Topi. ubi ait, si neque censu, neque uendicta, neque testamēto, liber factus est, non est liber. Faciēdi liberi tres sunt species, ibidem inquit Boetius, una, ut censu, sit liber. censebantur enim antiquitus soli ciues Romani: si quis igitur seruus consentiē-

te, uel iubente domino, nomen suum intulisset in censum, ciuis Romanus efficiebatur, & sic seruitutis uinculo soluebatur: & hoc erat censu, fieri liberum, idest per consensum domini in censum deferre nomen, & effici ciuem Romanum, hæc Boetius ad uerbum. erat autem census in quo numerus Romanorum ciuium describebatur. Subdit deinceps, erat præterea inquit ipse pars alia adipiscendæ libertatis, quæ uindicta autem est uirgula quam lictor serui manumittendi capiti imponens, eundem seruum in libertatem uindicabat, dicens, quædam solemnia uerba: utputa hunc ego hominem iure quiritum liberum esse aio. mox prætor interrogabat dominum, an contra uendicaret, domino negante, uel tacente, iubebat prætor hominem illum esse liberum. de qua uindicta, fit mentio in. §. multis modis. Insti. de liber. Sequitur deinde Boetius, illa etiam pars faciendi liberi est, uidelicet si quis suprema uoluntate in testamenti serie seruum suum liberum scripsit. Erat tamen quædam uerborum formula, qua testatorum danda seruo suo libertate in testamento utebatur. formula autē hæc erat: Titius liber esto, nec aliis uerbis utebatur testator, nec uti poterat. item Semproni liber esto. ut patet in tot. tit. ff. de manu. testa. non autem dicebat testator, lego
3 libertatem † nusquam enim inuenitur, lego libertatem si non inuenitur lego libertatē: ergo nec legataria libertas, arg. a coniunctis, & connexis, quod ualet ut inquit Cicero in Topicis suis. Quod autem non reperiatur legataria libertas, clarius patet. nā libertas principaliter dabatur inter uiuos, ueluti censu, uindicta, de quibus supra, & alijs modis, ut in. §. 1. Insti. de liber. sed in hoc non uertitur præsens quæstio. in ultima uerò uoluntate dabatur libertas quibusdam solennibus uerbis, erat enim quædam formula, qua testator in manumittendo seruo utebatur. singula enim negocia antiquitus singulas habebant formulas. C. de formu. subla. & alibi plene diximus. Formula itaque manumittendi serui, componebatur ex nomine recto, & uerbo imperatiuo. testator enim nuncupabat nomen serui in casu recto, idest in nominatiuo, uel uocatiuo. (hi enim casus, à grammaticis appellantur recti) dicebat enim testator, Titius seu Titi, ecce nomen serui in recto, subdebat deinceps, liber esto, ecce uerbum in modo imperatiuo, integra autē formula est, Titius liber esto, ut tot. titu. ff. de manu. testa. clare constat.

4 Et quia † testator in danda libertate, ponebat nomen serui in casu recto. hanc ob causam dicebatur directa libertas, & seruus dicebatur manumissus a testatore in testamento, quòd adita hæreditate statim efficiebatur liber. l. manumissus testamento. ff. de manu. testa. Simili enim forma utebatur testator, quando quempiam directo facere hæredem cupiebat. ponebat enim nomen instituendi, in casu recto, uerbum autē erat imperatiui modi, ueluti, Sempronius, seu Semproni hæres esto, quo casu dicebatur hæreditas directo data, seu institutio directa. Et hæc colliguntur ex. l. quoniam indignum. C. de testa. & alibi clare hoc demonstrauimus, in substitutionum declaratione. Huiusmodi enim formula testator utebatur, quando ipsemet uolebat manumittere seruum, & eo casu hæres non efficiebatur patronus, nec habebat ius patronatus, quando uero testator nolebat à se manumitti seruum, sed uolebat illum ab hærede manumitti, ut eius fieret libertus, & tunc rogabat hæredem, cuiusque fidei cōmittebat, ut seruum manumitteret, & tunc libertas appellabatur fideicommissaria. ff. de fideicommi. liber per tot. Sed lego libertatem nusquam inueniri, audiui dicere, & consequenter nec legataria libertas inueniri potest, quo nam igitur modo inter legatariam libertatem, & fideicommissariam, differentia esse potest, si legataria libertas in digestorum libris non reperitur? Hæres item, cui fideicommissum erat, ut seruum manumitteret, aut censu, aut uindicta, aut testamento manumittebat, si in testamento utebatur formula illa composita, ex recto casu, nominatiuo, & uocatiuo, hi enim sunt recti, & uerbo imperatiui, ut puta. Sempro
5 ni liber esto, quamobrem illa † libertas data ab hærede, poterat dici & fideicommissaria, & directa. fideicommissaria, quod fidei hæredis à testatore id fuerat commissum.

sum. directa, quia ab hærede directis uerbis in testamento manumittebatur, ut puta Semproni liber esto. Et ex supradictis manifestissimè constat, nullam hodie differentiam inter legata, & particularia fideicommissa inueniri.

Summarium

1 Intellectus communis.
2 Intellectus nouus.
3 Nec, dictio continet copulam implicitam.
4 Hæres hæredis, proprio nomine grauari potest.

LIII. DECLARATIO
l. sed & si sic. §. 1. ff. de leg. 3.

Nuper pollicitus sum, me ueram intelligentiam. §. 1. l. sed & si sic. ff. de leg. 3. manifestaturum, id quod nūc facere constitui, sed ut clare res ipsa explicetur, referam prius cōem ad illam legē intellectum, deinde eum reprobabo, postremo noua scribetur declaratio. Hæc igitur ut fiant, diuidito illum. §. in tres partes, in prima ponitur decisio, simul & dictū in secunda, redditur decisionis ratio. in tertia, ponitur altera ratio. secunda ibi, quoniā. tertia ibi, nec enim recipiendum. ita tex. diuiso, summa breuis secundum communem intellectum hæc est, hæres hæredis, nomine proprio grauari non potest. Casus secundum Doct. huiusmodi fingatur premisso prius in. l. præcedenti fuisse ab Vlpiano decisum, hæredem hæredis posse nomine
1 appellatiuo grauari. † testator quidam instituit Seium hæredem, & dixit, si Stichus Seij fuerit hæres à Seio domino institutus, iussuque eius hæreditatem adierit, rogo ut ipse Stichus factus hæres Seij det Camillo decem. accidit quod cum Stichus fuisset factus hæres Seij, idem Camillus petiit sibi dicta decem ab ipso Sticho præstari, qui quidem hoc facere recusauit: quærebatur nunquid possit ipse Stichus ad id soluendum cogi? respondit Paulus, dictum Stichum minime cogendum, eum tale fideicommissum non ualeat. Sum in secunda parte, in qua rursus homo ille quæsiuit, quæ nam ratio reddi potest, quamobrem Stichus cogi non possit? cui Paulus respondens ait, quoniam qui fortuitu & non iudicio testatoris consequitur hæreditatem, uel legatū, nō debet onerari. subdit deinde aliam ratione etiam non interrogatus inquiens, non esse recipiendum, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. & hoc in tertia parte. Hic est communis intellectus, quem ponit ibi glos. sequuntur omnes doct. quos ego uiderim, refert Ias. ad uerbum fere in. l. cum filio familias in nona col. in uers. secunda conclusio. ff. de leg. 1.

Colligunt doc. ex hoc tex secundum eorum intellectum, illud quod in summa dictum est, uidelicet hæredem hæredis non posse nomine proprio grauari. ita in secunda & tertia parte illud uulgare. uidelicet, quem non honoro, non onero. l. ab eo. C. de fideic. Quærunt scribentes, quæ nam ratio reddi possit, quamobrem si grauatur nomine appellatiuo, ualeat fideicommissum, si uero nomine proprio, minimè? Respondet glos. quam sequuntur fere omnes inquiens, in primo casu, scriptum hæredem habere aliquem hæredem ex testamento, uel ab intestato necesse est: sed Stichum qui
2 est nominatus, hæredem fieri Seii, est a fortuna, cum multo alioss scriptus hæres habere possit hæredes. Hanc rationem sequitur Bar. cuius uerba hæc sunt. certū est, inquit, scriptum hæredem, cuius hæres grauatus est, habiturum aliquem hæredem uel loco hæredis, sed quando hæres hæredis grauatur nomine proprio, tunc nominatus habet ex fortuna non ex testatoris uoluntate, seu ex defuncti iudicio, quamobrem non potest grauari. hanc Bar. rationem fere omnes sequuntur. Hoc idem dicit Bal. ubi inquit, si nominatus nomine proprio succedat, hoc ipsum habet à fortuna, & ideo grauamen ei inferri non potest. ex hoc infertur inquit ipse, si testator dicat, instituo filium meum hæredem, & si decesserit cum filia hærede rogo ut ipsa filia det centum Sempronio, huiusmodi legatum, ut ipse ait, non ualet, cum habeat à fortuna. Hæc distinctio inter proprium & appellatiuum nomen mihi nequaquam satisfacit non enim uideo quamobrem magis habeat ex fortuna hæres nomine proprio, quā

appellatiuo nominatus. Sed dicent ipsi hoc ideo fieri, quia in secundo casu necesse est ut quis habeat alique hæredem, & sic ille hæres quicunque sit non habet ex fortuna. sed quæro ab eis, non ne & in hoc casu hæres scriptus habet hæredem ex fortuna, potuit enim scriptus hæres omnia bona sua donare, dispergere, aut aliquo fortuito casu ad uersante fortuna amittere in cuius manibus omnia sunt posita, ut inquit Cicero in Paradoxis. si igitur secundus hæres habebit bona primi hæredis scripti, hoc fortunæ ad scribendum est, quæ à primo hærede ea bona non abstulit. Hoc idem tangit Soc. in.l. cum filiofamilias, in quarta col.uer. quinto potest.ff.de leg.1.Ratio igitur reddi non potest, quamobrem magis nominatus proprio, quam appellatiuo nomine grauari possit: hinc Petrus de Besu. ut refert Soc.in.d.l.cum filiofamilias, in quinto col.tenuit hæredem hæredis nominatum etiam nomine proprio posse grauari: motus fundamentis, quæ refert ibi Soc.hanc conclusionem uidelicet, hæredem hæredis nomine proprio posse grauari, dicit Ias.in.d.l. cum filiofamilias, in nona col. esse ualde rationabilem, subdit tamen pro communi opinione esse text. clarum in.d.l. sed & si sic.§. 1. quamobrem a communi recedendum non est, inquit ipse.

Profectò ille tex. intellectus ut communiter intelligitur, est in euitabilis: sed mox apertè ostendam huiusmodi communem intellectum nequaquam esse recipiendum, & textui aduersari. dicunt enim scribentes ibi fuisse institutum hæredem quendam Seium, deinde testator ita dixit, si Stichus, fuerit institutus à Seio domino, eiusque iussu adierit hæreditatem, rogo der, & c. hic intellectus quam sit à uero alienus, nulli non patebit. dicant obsecro si ira est, quo nam modo illa uerba tex. uidelicet, iussu eius adierit hæreditatem, possunt communi sensui accommodari? aut enim Seius dominus mortuus est aut non. si mortuus est, quo nam pacto iubebit seruum adire hæreditatem, cum mors omnia soluat §. deinceps. Aut de nupt? nec potest dici, Seium uiuentem mandasse, ut post mortē suam Stichus hæreditatem adiret, quoniam iussus de uiui hæreditate adeunda, non ualet.l. si quis mihi bona.§.sed utrum.uer.sed ego non puto ff.de acqu.hær.& eo uiuente eius hæreditas adiri non potest. uiuentis enim nulla est hæreditas.l.qui superstitis.ff.de acqui.hær. Præterea dicunt ipsi testatorem instituisse Seium dominum, grauasseque Stichum eius seruum, ut si Seio domino suæ hæres fieret daret aliquid. non est dubium Stichum ab intestato non posse Seij domino hæredem effici. seruus enim domino intestato non succedit. oportet igitur fuisse institutum: at serui institutio sine libertate nō ualet. Insti. de hæred. inst. in princ. Si diceres Stichum fuisse cum libertate institutum, habuit enim libertatem expressam uel tacitam, uel subintellectam, ut inst. ibidem. ad quid igitur dicit tex. iussuque eius adierit hæreditatem. cum iussus non requiratur nisi in seruo uel filiofamilias.l. si quis mihi bona.§.iussu.ff. de acqui.hære. habet itaque huiusmodi intellectus pugnantiam quamobrem reiiciendus est.l.1.C.de fur.&.l.ubi repugnantia.ff. de reg.iur. quærendus est igitur alter intellectus illi textui magis consentaneus, qui quidem iuditio meo erit huiusmodi. Quidā

2 † instituit Seium hæredem, deinde dixit, si Stichus Seii, facias hic subdistinctionem, hæres factus, non dico à Seio domino sed ab alio, puta à Fabio, & iussu eius scilicet Seij domini, illam Fabii adierit hæreditatem, rogo scilicet Sticum seruum ut der decem Flaminio. quærebatur, an tale fideicommissum ualeret? uidebatur dicendum ualere. nam cum testator instituerit Seium dominum, quemadmodum potuisset sine dubio ipsum Seium grauare, ita dicendum uidebatur potuisse, & Stichum eius seruum. nam si instituo seruum, possum sine controuersia dominum grauare.l. cum filiofamilias.ff.de leg.1. ita si instituo dominum, deberet mihi licere eius seruum grauare. sunt enim correlatiua, & quod in uno correlatiuorum conceditur, concedendum est etiam in altero.l.fi.C.de indic.uidui.tollen. Hoc tamen non obstante Iureconsf. duplici ratione contrarium determinat. prima est quoniam Stichus fortuito casu, & non testatoris iudicio illam consequitur hæreditatem. nam ut Stichus instituatur ab alio, hoc est

a Fabio,

a Fabio, ex fortuna pendet. sed hæc ratio sola sufficiens non uidebatur, quoniam & qui ex fortuna consequitur, interdum grauari potest, ut in.l.præcedenti. quamobrē
3 altera subiicitur ratio, per dictionem † nec, quæ copulam implicitam continet. exponitur enim nec, id est & non. Altera igitur ratio ea est: quia bona grauantis neque im mediatè, neque saltem mediate perueniunt ad ipsum Stichum, id quod fieri necesse est, ut fideicommissum ualeat.l.nesennius.§. seruo. ibi, dominus enim ideo tenetur, quod ad eum peruenit.l.si alienus seruus.ff. de le. 1.ibi, is ad quem emolumentum &c. sed in casu nostro nullum emolumentū à grauante ad ipsum Stichum peruenit: fuit enim institutus ab alio quam à grauante, puta à Fabio. item nec iudicio grauantis expresso uel saltem tacito quicquam habet quod & copulatiuè requiritur, ut diximus, ergo &c. Si hoc modo hic.§.intelligitur (ut intelligi debet) huiusmodi hæc conclusio colligi
4 rectè potest, uidelicet, † hæres hæredis tam proprio quam appellatiuo nomine, grauari potest. cui conclusioni solus hic.§.secundū communem interpretationem inexpugnabilis obstabat: sed uerè intellectus nequaquam obest, quoniam Stichus grauatus, nō est hæres hæredis, & ideo grauari non potuit. Non obstat ratio dubitandi. nam dominus ideo grauari potest instituto seruo, quia saltem mediate ex legis dispositione, ab ipso grauante est honoratus, & ad eum grauantis hæred tas peruenit.d.§.seruo. sed instituto domino seruus grauari minime potest, quia ad seruum neque mediate neque immediate bona grauantis perueniunt. ergo & e.l.ab eo.C. de fideicomm. nusquam enim ut opinor reperitur, ut domino instituto seruus grauari possit, nisi eo casu quo ipse seruus esset hæredis hæres, iuxta.l.si fuerit.§.si ff.de leg.3. Habes igitur ueram declarationem.d.§.1.quam arbitror non solum textui consentaneam, sed uerissimam.

Summarium

1 *Lex in testamento militis nihil subintelligit.*
2 *Et ideo non habet locum ius accrescendi.*

LIIII. DECLARATIO quamobrem in testamento militis legata a priore hærede relicta, a posteriore non debeantur.

Quæri solitum est, quænam sit ratio, quod in.l.quærebatur in fin. de mili.testa.legata a priore hærede relicta, a posteriore minus debeantur, cum & is sine dubio sit substitutus, ut clare constat in.l.miles ita.ff.de mili.testa.in prin. in uer. nemine substituto. Ego uero de hoc interrogatus omissis aliis respondi, legata ab instituto relicta ideo a substituto deberi, quod quadam legis coniectura, ex testatoris uoluntate sumpta, a substituto repetita censentur. id quod ex.l.licet Imperator.ff. de leg.1.colligi potest. ibi, uideri ex uoluntate testatoris repetita a substituto. & ibi, si non fuerit euidens diuersa uoluntas huiusmodi igitur repetitio sine dubio ex legis interpratatione procedit, id quod clarè apparet ex illis uerbis, uideri repetita. ergo ubicunque talis legis coniectura seu interpretatio locum non habet, nec illius.l.licet
1 Imperator decisio locum habebit. Sed † in testamento militis nec legis coniectu ra, nec interpretatio quicquam subintelligit: id quod & lege & ratione aperte probatur. lex autem quæ hoc probat, est.l.1.ff. de milit. test. in pluribus uerbis. primo ibi, si ad diligentiam, & obseruantiam. & e. secundo ibi, nuda uoluntas testatoris. & si expoeneres illud uerbum nuda, ut ait ibi glos. scilicet a solennitate, non autem a legis inter pretatione: fortasse hoc posset admitti. sed dum dicitur, testamenta militum non debere ad diligentiam & obseruantiam legū reuocari. si huiusmodi uerba, saltem illud uerbum diligentiam, id quod dixi, non significarent, essent profectò superflua: sufficiebant enim illa uerba, scilicet nuda uoluntas. & illa, & ad obseruantiam legum. & c. Si igitur illud uerbum diligentiā, quod dixi non significaret, nihil prorsus operaretur, id quod minime recipiendum est: debet enim unum quodq; uerbū aliquid operari.l.si quando.ff. de leg.1. quamobrem si interpretaberis illud uerbum obseruantiam, hoc est solemnitates: quid aliud significabit

gnificabit illa dictio diligentiam, nisi id quod dictum est, non enim ibi & diligentia & obseruantia idem significant, cum sint diuersa nomina, & uti diuersa ibi ponuntur id quod demonstrat illa dictio &, quæ inter diuersa ponitur, ut in titu. de iur. & fact. ign. & ibi not. diligentia sane, cura quædam & sollicitudo est. l. igitur sua cura in testato ris dispositione aliquid quod a testatore omissum est intelligit. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. sub. ubi Iurecons. ait, si pater filio in alterum casum substituit, in utrunque casum substituisse intelligatur: intelligit ergo. l. id quod testator omisit. hoc enim uerbum intelligo, ex in & lego componitur interpretaturque quasi intus lego, lex enim quando aliquid intelligit, in interiori disponentis mente legit, hinc dici solet, minus scriptum & plus dictum. l. cum auus. ff. de cond. & demon. tunc igitur legis intelligentia appellatur, quando lex ex testatoris mente, id quod minus dictum est subintelligit. Cum itaque militum testamenra ad intelligentiam legum non deducantur. d. l. 1. ff. de mili. test. efficitur, ut in eis sine dubio, nec legis coniectura, nec interpretatio locum habeat. Ratio autem, quæ hoc ipsum confirmat, talis est, ius accrescendi à legis dispositione, ex tacita testatoris mente inducitur, ut declarat Bar. in. l. si in testamento. ff. de uulg. & pupil. subest enim quædam quasi legis substitutio. l. si Titio & Meuio. §. Iulianus ff. de leg. 2. quæ ex tacita testatoris uoluntate a lege inducitur. & si ius accrescendi alicubi locum non habet, hoc ideo fit, quod lex nihil ibi subintelligit
2 sed in testamento militis ius accrescendi locum non habet. l. si duobus. ff. de testa. milit. ergo in eo testamento lex non subintelligit. Ex his satis constat in testamento militis a lege nihil subintelligi, nihilque ex tacita militis testantis uoluntate induci. Vera igitur ratio est, quamobrem in. d. l. quærebatur in fi. legata ab instituto relicta a substituto repetita non censeantur, quia talis repetitio ex legis dispositione, seu intelligentia inducitur. d. l. licet Imperator, sed in telligentia legis in testamento militari, locum non habet. d. l. 1. ff. de mili. testa. & supra demonstratum est. per consequens, nec in d. l. quærebatur, cum ibi de militari testamento agatur, si igitur in. d. l. quhrebatur in fi. intelligentia legis locum non habet, meritò legata à substituto repetita non censentur, cum talis repetitio ex legis dispositione, seu intelligentia sine dubio fiat. d. l. licet Imperator ibi, uideri ex uoluntate testatoris repetita à substituto, hæc autem legis intelligentia, in pagano sæpe operatur nisi euidens fuerit diuersa testatoris uoluntas. d. l. licet Imperator, in milite uerò nunquam operatur, quoniam militis uoluntas nuda, & uti apparet, seruanda est. d. l. 1. ff. de mili. testa.

Summarium

1 *Verbum lego non comprehendit heredis institutionem. Et nu.*
2 *Forma Instituendi heredem olim.*
3 *Ante Constantinum non dabatur hereditas per nudum Instituo, relinquo, uel lego.*
4 *Instituo uerbum, idem quod ordino.*
5 *L. uerbis legis. ff. de uerbo. signifi. declaratur.*
6 *Lego libertatem in iure non reperitur.*

LV. DECLARATIO uerbi lego.

VUlgata est quæstio, an uerbum lego, relatum ad bonorum uniuersitatem, ut puta lego tibi omnia bona mea. uel hæreditatem, faciat hæredis institutionem, uel substitutionem, nullo tamen alio hærede instituto, uel substituto? Doctores super hoc in duas acies diuisi sunt. alij enim tenent esse hæredis institutionem, propterea quod quando uerbum commune, quale est relinquo, ad uniuersitatem bonorum refertur nullo alio hærede instituto, significat hæredis institutionem: sed uerbum lego, inquiunt ipsi, est commune, potest enim, & ad hæredis institutionem & ad legata accommodari. l. uerbis legis. ff. de uerb. sig. ergo &c. & de hoc aiunt esse casum in. c. Raynaldus, ex de testa. Alij
1 uerò tenent huiusmodi † uerbo lego, non comprehendi hæredis institutionem, nam uerbum lego, habet, aiunt ipsi, ex communi usu separatam, & specialem significationem, estque species distincta ab actu hæredis, citant.

dis, citant.d.l.uerbis legis. non trahitur igitur ad hæredis institutionem, citant tex. in l. mulier.§.fi.ff.ad Trebel. & hæc opinio ui detur communis ut colligitur ex Doct.in.l. 1.ff.de leg.1.in.l. his uerbis.ff. de hæred.in sti.& in.l.centurio.ff. de uulg. & pupil. sub.

Tu uero pro huius quæstionis ueritate, præmitte,quod apud ueteres,legum conditores unaquæque actio, unumquodque negotium, suam habebat formulam, quæ deinde fuerunt sublatæ.C.de formu. subla. inter quas erat etiam instituendi hæredis formula, qua non seruata, tabulæ & mortuo-
2 rum iudicia, irrita fiebant † forma autem ea erat, quod nomen hæredis instituendi, ponendum erat in rectis casibus, idest in nominatiuo uel uocatiuo hos enim casus grammatici uocant rectos: alij uero casus dicuntur inflexi, seu obliqui, ut idem grammatici attestantur. uerbum uerò esse imperatiui modi necessarium erat, hoc probatur in l.quoniam indignum. C.de testa. ubi Constantinus Imperator ait, hodie non referre utrum institutio fiat imperatiuis, & rectis uerbis, an inflexis, cum sit sublata inanis illa uerborum obseruatio. ergo olim ante Constantinum, multum imò totum referebat rectis ac imperatiuis uerbis, an inflexis fieret institutio. si enim rectis & imperatiuis facta erat, ualebat profecto: at si inflexis irrita fiebat, ut patet in.d.l.quoniam indignum, & aduerte quod in litera menda est: scriptum est enim, directis,cum legendum sit,rectis. & hoc innuitur ex eo quod statim subdit: an inflexis. Exemplum huiusmodi formulæ, ponitur in.l.1.ff.de hæred. insti. ibi, Lucius Titius mihi hæres esto. & adeo hæc forma obseruabatur,ut dubitatum sit, an hæc institutio ualeret, Titius hæreditatis meæ dominus esto: Marcianus tamen in.l. his uerbis.ff.de hæred.insti. ait recte id fieri, ratio in promptu est, quia nomen in recto, & uerbum in modo imperatiui positum est. Constat ex his itaque ante Constantinum Imperatorem, necessarium testatori fuisse, & recto casu, & modo imperatiuo in hærede instituendo uti. & si ubi aliter reperies, dicas id factum esse post l.quoniam indignum. Et ex hoc se-
3 quitur, † ante Constantinum,neminem potuisse,quempiam sibi hæredem facere, per uerbum instituo, nec per uerbum relinquo, minimeque per uerbũ lego,propterea quod si nomen hæredis ponatur in recto, & uerba huiusmodi in imperatiuo modo, nihil significaretur: Pone enim,quempiam uoluisse Lucium Titium hæredem facere, si posuisset nomen Lucij Titij in recto,prout necesse erat poni, & uerbum relinquo, seu lego in imperatiuo, imperfecta omnino fuisset oratio, nihilq; significasset.utputa,Luci Titi lega, seu relinque. nec enim testator poterat dicere, Lucium Titium instituo hæredem, uel Lucio Titio lego seu relinquo bona mea omnia, quoniam ut demonstratum est, non poterat testator uti uerbis inflexis, & si utebatur,nihil agebat. cum irritæ fierēt eius tabulæ.d.l. quoniã indignũ.

Hinc ego in legendo ausus sum dicere, nullibi reperiri ante.d.l.quoniam indignũ, ita à testatore dispositum esse, uidelicet, instituo Titium hæredem, licet sæpius reperiamus à Iureconsultis ita scriptum, si quis instituerit hæredem uel si quis institutus fuerit hæres: non idcirco sequitur testatorem fuisse usum hoc uerbo instituo, sed est perinde, ac si Iureconsulti dicerent, si quis ordinauerit hæredem,uel ordinatus sit hæres, quoniam nil aliud significat hoc uer-
4 bum † instituo, quam ordino, & ita reperies apud doctos, & in commentarijs Cæsaris reperitur, instituit castra, instituit aciem, & similia. ita etiam intelligitur titulus.ff.de hæred. insti. idest de hæredibus ordinandis, per formulam tamen propriam non per uerbum instituo, & hoc expresse probatur in.l.si quis.ff. de hæred. insti. ubi Iabolenus ait,si quis hæredes ita instituit, quod perinde est,ac si diceret, si quis ita ordinauit,seu scripsit, subdit postea formã qua necesse erat testatorẽ uti, & est hæc, Titius ex parte prima,Meuius ex parte secũda,hæredes sunto.& in.l.sequẽti dicitur, si quis ita hæredem conscripserit, deinde ponit uerba testatoris,uidelicet, Titius ex pre dimidia hæres esto. Ecce ergo, ꝙ licet Iureconsulti sæpius dicãt,si quis instituerit,si quis scripserit hæredẽ, nõ ĩn sequiť testatorẽ usũ fuisse ue uerbo istituo,seu scribo,cũ ipsi stati ponãt uerba testatoris,ĩ quib.nomẽ hæredis poniť in rectis

in rectis, & uerbum in imperatiuo modo, prout poni necesse erat, ut supra diximus. Et ex his audacter dici potest, Doctores lōgè aberrasse dum in.d.l. uerbis ciuilibus, aiunt uerbum instituo, esse uerbum directū ciuile: cum olim, non potuisset fieri institutio, per hoc uerbum instituo, ut dictum est.

Stet itaque firma conclusio hæc, uidelicet uerbum lego, seu relinquo adiectum uniuersitati, etiam nullo alio instituto hærede nō trahebatur olim ad hæredis institutionem, ante.d.l.quoniam indignum, & ita intelligatur.d.l.si mulier.§.fi.ff.ad Trebell. cum similibus, & doctores qui hanc partem tenēt.

5 Non obstat † tex.in.d.l.uerbis legis, ubi uidetur probari per uerbum lego, potuisse olim fieri hæredis institutionem. nā pro illius tex. intelligentia sciendum est, uerba legis duodecim tabularum uario modo referri, ac scribi à legislatore. Imperator enim Inst. ad.l.Falc. ait hæc fuisse. uti quisque legasset suæ rei, ita ius esto. eadem uerba sunt in.d.l.uerbis. in Aut. uerò de nupt.§. disponat. aliter referuntur, uidelicet, uti quisque legasset de re sua, ita ius esto, aliter refert Cicero in Rhetoricis. ubi inquit, lex est uti paterfamilias de familia, pecuniaque sua legasset, ita ius esto. Et cum prius dubitassem quo nam pacto grammatice possent cōstrui illa uerba, in.d.l.uerbis legis, cum uerbum lego, non postulet sibi genitiuum: uidens deinde in.d.§. disponat, scriptum esse, uti quis legasset de re sua, & apud Ciceronem, uti quis legasset de pecunia sua, cogitaui illum genitiuum in.d.l.uerbis, pro ablatiuo more Græcorum positum esse, qui carentes ablatiuo, pro eo utuntur genitiuo, & lex duodecim tabularum fuit scripta in Gręcia, & inde Romam translata.§.& non eleganter.Inst.de iur. nat.gen. & ciuili. &.l.1. ff.de orig. iur.& est perinde ac si dixisset, uti quis legasset de re sua. & dum ait lex, uti quis legasset de re sua, id est uti quis reliquisset, discreuisset que in testamento de re sua. hoc enim significat hoc uerbum lego, apud probatos authores.

Et ita interpretatur Imperator, in.d.§.disponat, ubi ponens quasi glos. legis duodecim tabularum, disponat inquit unusquisq; in suis, ut dignum est, & sit lex eius uoluntas: subdit, sicut lex antiquissima, & prima penè reipublicæ Romanorū disponens ait, uti legasset quisque de re sua, ita ius esto. Vides igitur quod ubi lex dicit, legasset, Imperator ait disponat. Subdit Iurisconf. in d.l.uerbis inquiens, his uerbis legis. id est ab his uerbis legis duodecim tabularū (ponitur enim datiuus pro ablatiuo, quod crebro fieri solet, ut amanda est mihi uirtus, id est à me, & Virgilius. is mihi crinei nemoris dicatur origo, ubi exponitur mihi pro à me.) latissima potestas tributa uidetur, ait Modestinus, uidelicet hæredes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Est ergo sensus, quod ab illis uerbis, data est latissima potestas testatoribus instituendi quoscunque hæredes, etiam incapaces, utputa peregrinum, deportatum, seruum de adulterio conuictum, item in metallum damnatos: cum uoluntas testatoris in re sua lex esset.d.§. disponat, ibi, sit lex eius uoluntas, & in.d.l.uerbis: ibi, ita ius esto, non tamen uult Modestinus, quod apud Romanos potuisset quis facere hæredem, per uerbum lego, quod fieri non poterat, ut supra demonstratum est. Vel dicas uerba illa, his uerbis: esse casum datiui, data est igitur potestas a legumlatoribus. his uerbis, uti quis &c. nec enim ait lex huic uerbo, lego, data est latissima potestas: sed ait his uerbis, uidelicet, uti quis legasset suæ rei ita ius esto. ab illis etiam uerbis, data est potestas testatori dandi legata quæcunque & cuicunque, non tamen per uerbum lego, sed per suas formulas. erāt enim olim quatuor legandi formulæ, uidelicet per uendicationem, per damnationem, per præceptionem, & sinendi modo, ut in §.sed olim. Inst. de leg. inter quas non erat uerbum lego. Item ab illis uerbis, data erat potestas dandi libertates, non tamen

6 per uerbum lego: nullibi † enim reperitur dictum à testatore lego libertatem, quamuis reperiatur libertas legata, quæ tamen non sunt uerba testatoris, sed Iureconsulti, & est perinde ac si diceretur, libertas decreta, seu relicta in testamento. Forma autem dandi libertatem in testamēto erat huiusmodi uidelicet, liber esto, ut per tot. tit. ff.de manu.testa. nec aliter dari poterat.

Et ex

Et ex his appret, ex. d. l. uerbis, non colligi uerbum lego esse commune tam ad hæreditates quam ad legata, quoniam nec legata, nec hæreditates, olim per uerbum lego dari poterãt, sed solum colligitur, quod ab illis uerbis, uti quis legasset, &c. data erat latissima potestas testatoribus quoquo modo de familia, pecuniaque sua disponendi, & eorum uoluntas erat ius: id quod hodie est coarctatum cum non potest testator quælibet instituere hæredem, sunt enim plures, qui hæredes institui minime possunt nec eis legari potest, quos enumerat glos. in. §. legari. Inst. de leg. nec etiam hodie licet testatori totum suum patrimonium legatis erogare: & si id fecerit, eius uoluntas non est penitus lex, sed detrahetur quarta ex lege Falcidia Inst. ad. l. Fal. in prin. Et hæc quæ dicta sunt, procedebant ante. d. l. quoniam indignum. C. de testa. à Constantino Imperatore conditam, in qua ab eo remota est, inanis illa uerborum obseruatio, & formula instituendi hęredis. sancitumque est. posse hæredem institui, tam imperatiuis, & rectis, quàm inflexis uerbis, nec enim hodie refert, si quispiam dixerit, Titius hæres esto, uel Titium hæredem facio seu instituo, seu relinquo, uel lego omnia bona mea Titio, seu dimidiam partem hæreditatis: si quidem institutio quolibet loquendi genere formata, seu quibuslibet confecta sententijs hodie ualet, dummodo uoluntatis intentio liqueat. d. l. quoniam indignum, & clarè probatur in. d. c. Raynaldus. quod fuit factum post. d. l. quoniam indignum. sed quando quis legat Titio omnia bona, & per consequens ius uniuersum tunc expresse liquet testatoris intentionem esse, uelle facere Titium hæredem, & tunc Titius sine controuersia erit hæres. Et ita
7 † hoc tempore, idest post. l. quoniam indignum, erit uera opinio Doctorum tenentium, uerbum lego relatum, ad uniuersitatem bonorum, directam hæredis institutionem, significare, ut puta lego hæreditatem meam, quinimò si dixerit lego dimidiam partem meæ hæreditatis Seio, in altera dimidia Titius sit hæres, Seius erit hæres in dimidia. Et ex supra dictis colligi potest hæc conclusio, uidelicet, hodie ueram esse opinionem Alex. & sequacium in. l. 1. ff. de leg. 1. opinionem uerò Bar. hodie non esse ueram, sed ante. d. l. quoniam indignum, poterat procedere.

Summarium

1 *Nomina quædam appellatiua, quædam propria, & quædam adiectiua.*
2 *Nomina rerum a proprietatibus imponuntur.*
3 *Et cur alia rerum, alia hominum dicantur.*
4 *Vocabula rerum cur Immutabilia, hominum uero mutabilia.*
5 *Error in nomine appellatiuo, uitiat legatum. & nu. 8.*
6 *Sed si adijciat, articulus hic, uel iste, proprium efficitur nomen, ideo ualet.*
7 *Legatis chartis, ueniunt libri quando sub chartarum genere continentur.*
§. quod tamen Cassius. l. librorum ff de lega. 3. declaratur.
9 *Error in nomine adiectiuo quando uitiatur.*

LVI. DECLARATIO
l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1.

VLpianus. in. l. si quis in fundi uocabulo. ff. de leg. 1. ait, rerum uocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia, ex quibus uerbis duæ oriuntur quæstiunculæ, una est, cum omnia uocabula ab homine, rebus ipsis fuerint imposita, quamobrem quędam rerum, quædam hominum Vlpianus appellat? Altera est, quare rerum uocabula sint immutabilia, hominum uero mutabilia? Pro intelligen-
1 tia primæ quæstionis, sciendum est, † omnium nominum quædam esse appellatiua, quædam propria, quædam uero adiectiua: testes sunt grammatici, appellatiua nomina rebus uniuersalibus, hoc est generibus ac speciebus imposita sunt, propria uero rebus particularibus sunt attributa, adiectiua uero utrique imponi possunt. Appellatiua
2 † uocabula a principio mundi ab Adam omnibus rebus, secundum naturalem cuiusque reipproprietatem, imposita fuerunt, ille enim omnium rerum proprietates bene nouerat, & habebat scientiam à Deo infusam

Gen.cap.2.ibi,appellauit Adam cuncta animantia, & uniuersa uolatilia cœli. & omnes bestias, nominibus suis. & ibi Lira ait, nomina rerum à proprietatibus imponuntur, id quod satis constat ex illa dictione suis. & ibi Ambro.Cath. ait,indidit Adam singulis speciebus nomen iuxta cuiusq; proprietates & naturas. Adam igitur considerans naturalem cuiusque rei proprietatē, nomen illi consentaneum imposuit: nomina enim rebus consona esse debent.§. est &
3 aliud. Insti.de dona.† hanc ob causam Iure conf. à potiori causa appellat, rerum uocabula. Et talia nomina, talesque uoces usque ad Noe filios durauerunt. filii autem Noe erant Sem, Cham,& Iaphet. è quibus septuaginta familiæ natæ sunt, eratque terra unius labii sermonumq; eorundē. Gen. cap.2.hi autem in oriente habitabant, indeq; in terram Sanaar profecti sunt, ubi aliquádiu morati dixerunt, faciamus nobis ciuitatem, & turtim cuius culmen pertingat ad cœlum,tunc Deus eorum linguam confudit, eamque in septuaginta duas linguas diuisit,erant enim totidem familiæ.& licet essent uariæ linguæ,uariæ uoces, uariiq; sermones,easdem tamen rerum proprietates, easdemq; qualitates significabant,quas,nomina ab Adam imposita demonstrabant.

At propria nomina unusquisq; suis rebus particularibus, suo arbitratu imponebat, nulla habita naturalis rerum proprietatis ratione, sed sola uoluntas dumtaxat erat causa,ut res particularis hoc uel illo nomine uocaretur:hanc ob causam nō rerum sed hominum uocabula huiusmodi nomina Vlpianus appellat. Adiectiuorum uero nominum, quæ a rerum qualitate sumuntur, quædam a naturali,& propria rei qualitate nominabantur, uerbi gratia a naturali albedine,res albæ,à nigredine nigræ nuncupabantur: quoniam res(ob earum naturalem qualitatem (huiusmodi uocabulorum potior erat causa, idcirco & rerum uocabula dici possunt. Quædam uero non a naturali, sed ab aliqua accidentali qualitate uocantur. uerbi gratia,fundus alius Septonianus alius Cornelianus,alius uineatus,alius pratiuus,oliuatus alius nominatur, horum potior causa hominum uoluntas habebatur, homines enim sua uoluntate nulla habita naturalis rei qualitatis ratione,talia adiectiua imponebant,idcirco hominum uocabula dici utique debent. Habes iam candidissime lector,quamobrem ex nominibus, quædam rerum uocabula, quædam hominum appellentur.

4 Superest ut secundam quæstionem propositam explicemus,quærebatur enim† quā ob causam rerum uocabula immutabilia, hominum uerò mutabilia dicantur? Bal. in l.si fortidianum.C.de leg.dicit hanc esse rationem, quod non potest res carere nomine appellatiuo,quia est de rerum substantia unde si destrueretur nomen appellatiuum; destrueretur substantia. & Ias. refert hic & ait esse aliis subtiliorem. Sed hæc ratio pace Bald.dixerim est falsa: non enim uerum est. nomen appellatiuum esse de rei substantia, cum id quod est de rei substantia, nec momento quidem a re ipsa abesse potest: siquidem forma cum sit de rei substantia a re,sine ipsius destructione, nullo momento abesse poterit.l.Iulianus.§.sed si quis.ff.ad exhiben.sed res ab initio antequam Adam nomina eis imponeret,sine nomine subsistebant, & per consequens substantiam habebant,ut patet in Gene.cap.2. si nomina essent de substantia, res uriq; non potuissent tantillulum sine eis subsistere: non est igitur uerum nomina appellatiua esse de rerū substantia, & consequenter ratio Bal. non est uera. Altera Bal. ratio in.l. si nomine. C.de testa. quam refert hic Ias.ex supradictis si bene inspicias facile refutari potest, eodem enim morbo laborat. non enim sequitur corrumpitur nomen appellatiuum; ergo corrumpitur forma substantialis ut ipse ait, quippe cum nomen non sit de substātia rei,res enim ab initio sine nomine fuerunt ut dictum est, at sine forma nec momēto quidem fuerunt nec esse potuerunt, forma enim dat esse, ut.d.l. Iulianus. futilis igitur ea ratio est. Tu uero pro clara huius quæstionis intelligentia, scire debes, talem esse effectum, qualis eius causa est: uerbi gratia,amicitiæ tres sunt causæ,uidelicet,utile,iocundum, & honestum, hoc est uirtus.Arist.8.Eth.utile est causa amicitiæ utilis,iocundū iocundæ,honestū uerò honestæ: sed

ta: sed quia utile & iocũdũ mutabilia sunt, frequenterq; mutantur, idcirco utilis & iocunda amicitia mutabilis est, frequenterq; mutatur. at uirtus stabilis res est, quippe cũ sit habitus, qui est altera natura, quæ non facilè mutatur, consequens est, ut amicitia honesta, studiosaq; stabilis sit, nec facile mutetur. Arist. 8. Eth. c. 3. qualis igitur est causa, talis est eius effectus. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. ita ad propositum, cum naturalis rerũ proprietas diuina quadam prouidẽtia constituta immutabilis sit. §. sed naturalia. Insti. de iur. nat. gen. & ciuil. & hæc, ut superius dixi, est causa, eorũ nominum, quæ rerum uocabula appellantur, ergo huiusmodi appellatiua uocabula, uti illius effectus immutabilia sunt, suæ enim causæ naturam profecto sequuntur. at hominum uocabula, hoc est nomina propria, ideo mutabilia sunt, quia hominum uoluntas, quæ ut supra dixi est eorũ causa, mutabilis sine dubio est l. quod si iterũ. ff. de adi. leg. l. cum hic status §. ait oratio. ff. de dona. inter. uir. & ux. non est igitur mirum, si hominũ uocabula, quorũ porior causa est uoluntas, mutabilia sint. homines. n. siue hoc, siue illo nomine appellẽtur, nihil interest, ut Inst. de lega. §. si quis in nomine in fi. Ex supradictis euidenter apparet ratio, quamobrem Vlpianus hic dixerit, rerum uocabula esse immutabilia, hominum uerò mutabilia. sunt igitur rerũ uocabula immutabilia, propterea quòd ab uno homine, ut puta a testatore mutari non possunt, à tota uero una gente fortasse mutari possent: utputa, nunc tota gens animal hinnibile, uocant equum ab aliqua eius proprietate: si tamen uellent possent illud nomine alio, ab aliqua tamen illius proprietate nominare, si tota una gens communi consensu id faceret. Adiectiua uero nomina si à naturali rerum qualitate accipiantur eadem ratione de qua supra, rerum uocabula dici possunt, idcirco immutabilia sunt, exempli causa, bos niger, equus albus, & huiusmodi, albedo enim, & nigredo illa naturalis, mutabilis minime est, ergo & uocabula ex his accepta hominum uoluntate mutari non possunt, durante enim causa, durat effectus, ut clare constat. At si nomina adiectiua ex accidenti omnino qualitate sumantur, utputa fundus Sempronianus, Cornelianus, fortidianus, & huiusmodi, hominũ uocabula dici possunt, idcirco mutabilia sunt: si uerò adiectiua sumantur ex qualitate accidenti, quæ sola hominis uoluntate mutari non potest, utputa, uineatus, oliuatus, pratiuus, & alia id generis, talia adiectiua, rerũ uocabula dici possunt, eorũ enim causa est uinea, oliua, pratum, quæ sola uoluntate mutari nequaquam possunt, sed si quispiam uelit ea nomina mutare, necesse est, ut causam tollat, hoc est uineas, oliuas, pratumq; remoueat. quamobrem huiusmodi uocabula dum eorum causa durat, ab homine mutari non possunt.

5 Ex supradictis infrascripti, similes'ue casus decidi facile poterunt. in primis, † si testator coram aliquibus declaret se uelle relinquere equum, deinde in testamẽto leget bouem, legatum profecto minime ualebit: uoluit enim testator unius speciei nomen, alteri imponere, id quod facere nequaquam potuit, si quidem appellatiua nomina sunt rerum uocabula, quæ immutabilia sunt, ut Vlpianus in hac legẽ affirmat, quamobrem legatum sine dubio uitiatur, & hoc scribentes non negant, ex quorum sententia hæc erit regula uidelicet, error in nomine appellatiuo uitiat legatũ. Fallit inquiunt ipsi, ratione præsentiæ. Fallit itẽ ratione proximitatis. l. librorũ. §. quod tamen Cassius. ff. de leg. 3. & ibi glos. Exemplũ primæ fallen-
6 tiæ est, † si testator equum digito ostendens, dicat, lego tibi hunc bouẽ, tunc error nominis appellatiui (ut aiunt) non uitiat legatũ. aiunt item, hanc esse bonam & magnam ad hanc legem limitationẽ, quam dicunt aperte probari per glo. singularem. in. l. qui extrinsecus. in uer. sed & si. ff. de uerb. obl. Ego quidẽ ausim dicere, hanc non esse limitationem. nam gl. illa, non de appellatiuo, sed de proprio loquitur nomine: id quod ut ostendam, suppono, hanc appellationem equum, bouem, asinum, & huiusmodi sine articulo, hic uel ille, uel iste, esse nomen speciei. nomen autem speciei, ab uno homine alteri attribui non potest, est enim immutabile, ut hac. l. Vlpianus asserit, & ego superius demonstraui. sed si bos, uel equus, cum hoc articulo hic uel ille pronuncietur, proprium

efficitur nomen: testes sint Dialectici, & grammatici. At nomen proprium, potest quis suo arbitrio imponere, uel mutare, ut supra clare ostensum est. quaobrē, si quispiā in baptismate faceret filiū suum uocari bouem, tunc illud nomen bos esset nomen proprium indiuidui, & hoc nomine sui condiscipuli sanctum Thomam nominabant, itē ursus est nomen speciei animalis, appellatiuum, tamen si quispiam uelit filium suum uocari ursum, tunc ex appellatiuo proprium efficietur, multos noui homines uocari ursos, item Leo, est nomen speciei animalis appellatiuum, quod si homini imponatur, propriū efficietur, multi.n. uiri Leones appellantur, quos ego, & uos fortasse nouistis.

Non est ergo mirum, ualere legatum, si testator digito æquum ostendens, dicat lego tibi hunc bouem: si quidem nec in appellatiuo, nec in proprio nomine errauit, sed debita opera hoc fecit: uoluit enim imponere æquo hoc nomen bouis, uti proprium, non uti appellatiuum, id quod facere potuit. Non fallit itaque regula supra posita, rationem præsentiæ (ut aiunt Doct.) nam detracto illo articulo hunc, si testator digito æquum ostendens, dicat lego bouem, legatum utique non ualeret, eo quod illa dictio bouem, sine hoc articulo, hunc, esset nomen appellatiuum, quod ab uno homine mutari nequaquam potest. l.labeo.§.uerum.ff.de. suppel. leg. Aduerte quæso, licet singuli homines appellatiuum nomen, mutare non possint, uniuersa tamen gens cuiuslibet linguæ hoc facere potest.arg d.§.uerum, & supra dixi.

Redeo nunc ad secundam (ut aiunt) fallentiam, pro cuius intelligentia sciendum est, quod quēadmodum, adoptio capitur ut genus, diuiditurque in duas species, quarum una dicitur arrogatio altera nomine generis, adoptio appellatur, quamobrem adoptio, & pro genere, & pro specie capi potest.§.1.Instit.de adop.ita in proposito, chartæ capi possunt ut genus, quod duas æque continet species, è quibus, una libri nuncupantur, libri enim sunt chartæ ligatæ, altera uero nomine generis chartæ appellantur. hoc facile colligi potest, in.d.l. librorum. §.quod tamen Cassius.ff. de leg.3.

Item sciendum est, genus cuilibet speciei inesse.l.quod in rerum.§. inter emptum.ff. de leg.3. Bar.in.l.1.ff.si cert. peta. Item genus, suas species potestate continet.l.semper in generalibus.ff.de reg. iur. at una species alteram nullo modo complectitur, id quod negare auderet nemo.. Quamobrem si quispiam has animalis species habeat, bouem scilicet, æquum, & canem, si in testamento dixerit, Fabio, omnia animalia mea do, lego: bos, æquus canisque pariter legati uidebuntur, at si dixerit lego æquum, hoc speciali legato, nec bos, nec canis continebitur, sed si duntaxat, canem habeat, si in testamento, uel codicillis dicat, Fabio omnia animalia mea lego, canis sine dubio legatus dicetur, qui sub illo animalis genere continetur. Ita ad proposi-
7 tum, † si quispiam libros, chartasque non ligatas habeat, quæ sunt duæ chartarum in genere sumptarum species, si dicat lego omnes chartas meas, & libri, & chartæ sine dubio debebuntur, libri enim, & chartæ uti species, sub chartarum nomine uti sub genere complectuntur: at si dicat lego chartas meas, libri non debebuntur, nomen enim in dubio, pro specie, & non pro genere capi debet, quemadmodum in adoptionis uocabulo, receptum est, at si quis solos habeat libros, dicat lego omnes chartas meas, libri profecto legati uidentur: ueluti si dicat lego omnia animalia mea, & nullum præter unum canem animal habeat, canis ille sine controuersia legatus censetur legatis itaque chartis non debentur libri, ratione proximitatis (ut aiunt Doct.) sed debentur eo quod sub chartarum genere continentur, ut dictum est. Videamus nunc uerba text. in.d.§. quod tamen. ubi Vlpianus ait, libris legatis chartæ puræ non debentur. subdit deinde, nec chartis legatis (supple tu, in specie) libri debebuntur, ratio est, quia una species altera non continetur. subiungi postea, nisi nos ad hoc urserit uoluntas, hoc est quod uoluerit testator legare chartas in genere, & non in specie, id quod apparet, si dixerit relinquo chartas meas uniuersas, propter illud igitur uniuersale signum, ostenditur uoluisse relinquere chartas in genere, id

re, id circo debebuntur libri, in genere enim insunt species. d. §. inter emptum subdit postea, plerique libros chartas appellãt, quod est perinde ac si diceret, plerique nomine generis, speciẽ appellant: multi. n. qui habent oues, & capras, dicunt habeo animalia, uel uolo ire uisum mea animalia: Et ex his apparet dictam secundam fallentiá non probari in. d. §. quod tamen Cassius, nec in se quidem uera est.

8 Rursus summatim dicito, quando † nomina appellatiua ex naturali rerum proprietate accepta, imponuntur generibus uel speciebus proprium nomen non habentibus, ut sunt æquus, bos, asinus, & mille huiusmodi, tunc si in hisce nominibus appellatiuis erratũ est, legatum utique uitiatur: talia enim nomina appellatiua, sunt rerum uocabula, ideirco immutabilia Vlpianus ea nominat, & de his loquitur. d. l. siquis in fundi uocabulo. Quando uero nomina appellatiua non sumuntur a naturali rerum proprietate, sed ab accidenti, puta ab officio, seu artificio aliquo, ut fullo, pistor, coquus, sutor sartor, faber lignarius, faberque ferrarius, & huiusmodi: quæ nomina attribuuntur particularibus, seu indiuiduum proprium nomen habentibus, ut Flaccus fullo, Filonicus pistor, Seius coquus, Stichus sutor: tunc si testator Flaccum pistorem legauerit, cum non Flaccus, sed Filonicus esset pistor, quæritur quis eorum debeatur? certe si nomen appellatiuum spectamus, Filonicus debebitur, is enim erat pistor: at si nomen proprium attendamus, Flaccus legatus uidebitur: quamobrem quem eorum testator sensisset, is debebitur. At si hoc non apparet, primum inspiciendum est, an testator magis nomina seruorum propria, quam appellatiua cognita habuerit. & si propria magis nota habuisset, tunc Flaccus, qui nomine proprio, non Filonicus, qui appellatiuo nominatus est, debebitur, sin autem propria seruorum nomina domino nota non essent, tunc Filonicus nomine appellatiuo nominatus (is enim erat pistor) sine dubio debebitur. error enim in nomine proprio legatum non uitiat. si uero testator tam propria quam artificialia seruorum nomina æque nota haberet, tunc nomen proprium præferendum esse existimo, hoc enim magis quam appellatiuum, rem ipsam demonstrat, proprium enim uni soli, appellatiuum uero pluribus conuenit, testes sunt grammatici, adiuuat hoc. l. labeo. §. fi. ff. de supel. leg. ubi Celsus in hæc uerba ait, non uideri quenquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit, nota illa uerba suo nomine, nam perinde est, ac si dixisset proprio nomine, suus enim, pro proprio capi solet, Vnde illud, uelle suum cuique est, quamobrem ille uidetur legatus, cuius suo nomine testator usus est, & in huiusmodi nominibus locum habet. l. penul. ff. de reb. dub. Item si testator declaret se uelle legare alicui serũũ suum Gaium, postea in testamento leget Seium, legatum profecto ualebit, eo quod in proprio nomine erratum est, quod quidem est mutabile, testator enim suo arbitrio Seium Gaium, Gaium Seium, appellare po-

9 terat, ut superius diximus. Item si † testator coram testibus, declaret se uelle relinquere Fabio fundum Sempronianum, positũ iuxta Titij fundum, mox in testamento leget Fabio fundum Cornelianum iuxta fundum Titij positum, legatum utique ualebit, ratio, est, quia huiusmodi nomina Sempronianus scilicet & Cornelianus, & huiusmodi sunt adiectiua, quæ sola hominis uoluntate nulla rei qualitate considerata, imponi mutarique possunt, ut supra declaratum est. At si testator declaret se uelle relinquere Fabio fundum oliuatum iuxta Titij fundum existentem, deinde in testamento leget fundum uineatum, iuxta Titij fundum, certè legatum non ualebit, nam hæc appellatio uineatus, oliuatus, & eiusmodi, sunt nomina adiectiua á rei qualitate accepta, quæ homo suo arbitrio mutare nequaquam potest, tantisper dum & uinea & oliua ibi sunt, sed si uelit nomen mutare, oportet ut & uites, & oliuas penitus extirpet, illis enim stantibus, nomen mutari non potest, sed si diceret, lego Fabio fundum Sempronianum uineatũ, iuxta Titij fundum, si fundus ille non esset uineatus, sed ut ita dixerim olinatus, si constaret eum fundum uocari Sempronianum, legatũ profecto ualeret, arg. l. pen. ff. de reb. dubijs. & l. pen. §. pater. ff. de leg. 3. adiuuat hoc id quod supra de nomine proprio, & artificiali

tificiali diximus. Item finge testatorem, duos æquos, unum album, alterum uero nigrum habere, coramque aliquibus dixisse, ego uelim legare Fabio æquũ meum albũ, deinde in testamento dixerit, Fabio æquũ meum nigrum do, lego, quæritur an legatũ debeatur? respondi non deberi. nam ut supra dixi, hæc adiectiua albus & niger, ab albedine & nigredine accepta sunt, hæ autẽ sunt naturales rerum qualitates, quæ mutari minime queunt, §. sed naturalia. Insti. de iur. natu. gen. & ciui. ergo & nomina quorũ ipsæ naturales qualitates sunt causa, ab homine re uera mutari nequeunt, sicut in appellatiuis in eodem casu legatum non deberetur, ut supra conclusum est. cur non idem in hisce adiectiuis respondeatur, ratio reddi non potest? arg. l. à Titio. ff. de uerb. obligat. quippe cum & illa à naturali rerum proprietate, & hæc à naturali rerum qualitate accipiantur, ergo & hæc & illa immutabilia sunt. Sed glos. in hac. l. in uer. hominum, huic opinioni apertè Aduersatur. ibi enim quæritur, quid de adiectiuis? respondet glos. idem quod de proprijs, sunt enim accidentia, ut albus, niger, allegat. l. 1. §. 3. ff. de aqua quo. & æsti. Sed ipsa magnopere decipitur, quoniam quædã accidentia mutari nequeũt ut albus & niger, sunt enim qualitates inseparabiles, & per consequens immutabiles: quædam uero sunt accidentia & adiectiua, quæ mutari possunt, ut quotidianus, æstiuus, & huiusmodi. nam licet dicatur aqua quotidiana, tamen illud adiectiuum potest ab homine remoueri, & ubi prius dicebatur quotidiana, mox appellabitur æstiua: quotidiana enim aqua ea est, quæ assiduè ducitur uel æstiuo uel hyberno tempore. d. l. 1. §. quotidiana. poterit igitur quispiam suo arbitro, quotidianam efficere æstiuam, ueluti si eandem aquam æstate sola, & non quotidie ducat: nam æstiua aqua ea est, quæ æstate sola ducitur. d. l. 1. §. æstiua. De his & similibus adiectiuis quæ mutari possunt glos. bene diceret. & de his loquuntur leges quas allegat sed æquum album naturaliter efficere nigrum, & è contrario nemo potest: sunt enim hæ qualitates inseparabiles immutabilesque, ergo & nomina ab eis ducta immutabilia sunt, æqui paranda sunt ergo appellatiuis, non autem proprijs, ut glos. dicit.

At si testator æquum album digito ostendens, dicat. lego Fabio hunc æquum nigrũ porrò legatum debebitur, non propter rei præsentiam, ut scribentes aiunt, sed eo quod hoc nomen adiectiuum niger, per illum articulum hunc efficitur proprium, ut supra dixi. Noui ego hominem qui proprio nomine niger appellatur, non à colore cum esset albus: unusquisque enim rem suam quouis proprio nomine, quouis tempore nominare potest, & magis præsumendum est testatorem uoluisse hoc facere, quam in tam aperta rei qualitate errasse: quis enim esset adeo stultus, adeoque ignarus, ut æquum album ante oculos positum putet nigrum nomine adiectiuo nuncupare, nemo profectò? debebitur itaque legatum eo quod testator nomine proprio ob illum articulum hunc nominasse eum nigrum censetur. erit igitur in hoc casu hæc appellatio niger, proprium nomen, ergo non uitiatur.

Summarium

1 *Filius quicquid acquirit a patre, non reacquiritur ipsi patri.*
2 *Intellectus nouus ad hanc. l.*
3 *L. placet. ff. de acqu. hered. limitatur.*
4 *L. ubi pure. ff. ad trebell. declaratur.*
5 *An per filium acquiratur patri directum & utile dominium. & quod sic.*
6 *L. 1. in prin. ff. si a paren. quis fuer. manu. declaratur.*
7 *Iussus dare heredi, debetur filio uel seruo qui hereditatem adiuerunt, non patro. & quæ sit ratio.*
8 *Hæredis duæ species.*
9 *§. an seruo insti. de lega. declaratio.*
10 *Donatio a patre in filium non ualet regulariter. Et quæ sit ratio nu. 11.*
Ius naturale, & ciuile quid? Item bonum, & æquum.
12 *An penes filium heredem institutum aliquod ius remaneat.*
Hæreditas, quid sit declaratur. & quomodo dominium possit esse insolidum apud duos.
13 *Verba illa in tex. ex persona filij: & ex persona ipsorum, quomodo intelligantur.*
14 *Pater rogatus restituere filio, cur non detrahit trebellia-*

trebellianitam.
Trebellianica cur fuit introducta.
15 *Filius, restituta patri hæreditate, est proprie hæres: & quæ sit ratio.*
16 *Sed cur non exercet hæreditarias actiones.*
17 *Fideicommissum relictum extraneo, effectum caducum, an remaneat penes patrem grauatum, uel filium Institutum.*
18 *L. lis nulla ff. de iudi. declaratur.*
19 *Fideicommissarius cur trebellian. non detrahit.*
20 *Filius contemplatione patris institutus, non censetur pater institutus.*

LVII. DECLARATIO l. cum filiofamilias. ff. de leg. 1. cum eius materia.

IN l. cum filiofamilias, quidam instituit filiũ familias hæredem, (quo casu filius iuf su patris, debet hæreditatẽ adire. l. si quis mihi bona. §. iussum. ff. de acqui. hæred. & hæreditas adita, statim pleno iure, olim patri acquirebatur. l. placet. ff. de acqui. her.) deinde fuit rogatus pater, restituere filio suo hæreditatem: dicitur ibi fideicõmissum ualere. Glos. & ibi Doc. quærunt, quo nã pacto possit hoc procedere? uidetur enim nequaquam fideicommissum à patre filio datum ualere, propterea quod restitutum filio statim patri reacquiritur. d. l. placet. & est perinde ac si ab ipso patre, ipsimet patri, esset relictum, quo casu sine dubio non ualeret. l. qui filiabus §. 1. ff. de leg. 1. Variæ dantur à Doc. solutiones, sed ea est communis, quod licet fideicommissum fuerit purè relictum, inest tamen tacita conditio de eo restituendo scilicet cum filius fuerit sui iuris, & ita non reacquiritur patri, & hoc aiunt probari in. l. ubi pure. ff. ad Trebell. Hunc intellectum tanquam diuinatiuum, reijciendum esse arbitror, una cum alijs a doctoribus recentioribus, in hunc diem ex cogitatis. lex enim simpliciter loquens, simpliciter est intelligenda. l. de precio. ff. de pub. sed si non intelligitur conditio, quo nam modo poterit acquiri fideicommissum filio in potestate existenti, obstante. d. l. placet? Audi quæso rationem nouam, & ueram quidem ut arbitror. pro cuius declaratione, duæ supponendæ sunt regulæ, quas communiter doct. approbant. in. l. frater a fratre per illum tex. ff. de condi. indeb. Prima ea est, id quod acquirit filius ab alio, quam a patre, stati patri acquirit, per. d. l. placet, & in. §. igitur liberi uestri. Insti. per quas
1 person. nob. ius acqui. Secunda est, † id quod acquirit filius, ab ipso patre, non reacquiritur patri, probatur in. d. l. frater a fratre & ibi Bar. & doct. & præsertim Iason in. 3. col. uer. considera quinto peter enim ibi obligatur filio naturaliter, & obligatio illa non reuertitur ad patrem, & tamen si filius obligationem naturalem ab alioquam a patre acquireret, ea obligatio acquireretur patri, ut Inst. per quas pers. nob. acqui. oblig. Ita dicendum est in dominio, ut quã do filius acquirit dominium a patre, non reuertatur ad patrem, sed quando acquirit ab alio, tunc acquiratur patri, cum non possit reddi ratio diuersitatis inter obligationem & dominium, ergo idem ius. l. a Titio. ff. de uerb. oblig. & l. illud. ff. ad. l. aquii. cum simil. & hoc tenet Ias. ibidem, & ita limitatur. d. l. placet ut per docto. ubi supra quę loquitur etiam de hæreditate, & per consequens eiusmodi secunda regula etiam in hæreditate locum habet. Nunc in proposito in. l. nostra
2 † pater fuit grauatus restituere fideicommissum filio: quamobrem si pater restituit, filius acquirit a patre, fideicommissum enim ex persona patris uires capit ut ibi in tex. & sic pater est obligatus: quare nec obligatio, nec fideicõmissum ad patrem reuertitur, per. d. l. frater a fratre, & per regulam secundam supra positam. Ad hoc igitur, ut huiusmodi fideicommissum ualeat, non est necessarium subintelligi conditionem tacitam scilicet quando erit sui iuris, prout intelligunt Doct. nam & si pure fuerit relictum, ualet penesque filium remanet, per supradictam regulam secundam. Et hoc urgentius probatur in. §. si pater. l. cogi. ff. ad Trebell. ubi fuit rogatus pater filio suo hæreditatem restituere dicit ibi tex. patrem posse cogi à filio restituere sibi hæreditatem, si eam suspectam pater dicat, & tamen ibi nulla est conditio, nec debet subintelligi, sed ualet fideicommissum purum, per secundam regulam supradictam.
3 Non obstat † l. placet. ff. de acqui. hæred. illa

illa enim lex loquitur quando filius aliunde quam à patre acquisiuit, quo casu, statim ac quiritur patri, ut supradictum est, sed nos loquimur quando acquirit à patre, ergo &c. & ita limitant Doc. in d. l. frater à fratre in
4 d. 3. col. præsertim Ias. Non obstat † tex. in. l. ubi pure. ff. ad Trebell. per quem dicunt Doc. in fideicommisso facto à patre filio, subintelligi tacitam conditionem, scilicet quando sui iuris efficietur. Et pro intelligentia supponendum est, quod licet dominium acquisitum à patre ad patrem non reuertatur, tamen id, quod filius deinde acquireret ex eo dominio, ut puta fructus, acquireretur patri, tanquam aliunde profectum, & non à patre acquisitum, ob id testator uolens apud filium, non solum dominium. sed & fructus remanere, ita rogauit patrem, rogo ut restituas filio tuo, faciasque ut ad eum perueniat istud enim uerbum perueniat, significat cum effectu. l. 2. §. peruenisse. ff. de hæred. uel actio. uend. Si cũ effectu, ergo testator uult penes filium dominium cum fructibus, ex eo postea percipiendis remanere, id quod fieri non potest, nisi cum filius erit sui iuris. Quamobrem si non esset illud uerbum perueniat, non subintelligeretur conditio, sed statim deberet restitui fideicommissum, per. d. §. si pater. si igitur in fideicommisso filio à patre dato intelligeretur conditio cum sui iuris erit, frustra adiectum esset, faciasque ut ad eum perueniat, & tamen Iureconsul. maximopere uerba illa considerat, dum ait, si adiectum sit, faciasque ut ad eum perueniat, ergò si illa uerba non essent adiecta non intelligeretur tempus quo capere potest, & sui iuris fiat. Verum tamen, fructus acquisiti postea ex eo fideicommisso patri illico acquiruntur. d. l. placet. Concludo igitur, patre grauato purè filio restituere, sine dubio fideicommissum ualere, absque subintellecta cõditione, nec reacquiri patri, per regulam secundam collectam à Doc. in d. l. frater à fratre, sed fructus postea collecti a filio, ex eo fideicommisso acquirentur patri, tanquam aliunde quam à patre acquisiti, nisi testator adiecisset illa uerba, faciasque ut ad eum perueniat. d. l. ubi pure.

5 Quærunt doct. hic, † an per filium acquiratur patri directum & utile ius simul, an utile tantum? dicunt aliqui utile dumtaxat acquiri, siquidem in l. 1. si a parem. quis fue. manu. ff. Vlpianus ait, patri acquiri emolumentum eius quod sibi filius acquirit: emolumentum autem, nihil inquiunt ipsi, est aliud quam utilitas ergo aperte ex uerbis Vlpiani colligitur, patri acquiri utilitatem, idest ius utile in ea re, quam sibi filius acquirit. Alii contrariũ asserunt esse uerum, quibus facile assentior. nam Imperator in. §. igitur. insti. per quas perso. nob. ius acqui. in hæc uerba ait, quicquid olim ad filium perueniebat, patri sine ulla distinctione acquirebatur, excepto peculio castrensi. si quicquid, ergo omne ius. arg. l. Iulianus. ff. de leg. 3. Finge modo filiũ emisse equum a Titio uero & directo domino, finge deinde a Titio tradi equum filiofamilias, profecto omne ius, quod est apud Titium ad filium emptorem transfertur, ergo & ius directum. l. traditio. ff. de acquir. rer. domi. & quicquid ad filium peruenit, patri acquiritur. d. §. igitur. demonstrat hoc Imperator, insti. per quas perso. nob. oblig. acqui. ubi dicit, obligationem acquiri per filium patri: ergo directum. arg. l. 1. ff. si ager uecti. uel emphi. peta. Ad
6 † l. 1. ff. si à paren. quia fue. ma. in princ. respondeo, præmittendo, nihil aliud patri per filium acquiri, nisi id quod est iuris, factum uero non acquiri. ostendit. l. qui hæredi. ff. de cond. & demonst. item id quod patri acquiritur, confestim acquiri, nec momento aliquo consistere in personam filij, scripsit iureconsf. in. l. placet. ff. de acqui. hære. Pone nunc patrem morari Romæ, filium uerò Bononiæ a Titio emisse equum, uel quid aliud, facta a Titio equi traditione confestim patri acquiretur omne id, quod momẽto acquiri potest, idest omne ius quod Titius habebat in equo, quod nec momento aliquo in persona filii moratur. d. l. placet. at nec ipsum equi corpus, nec corporalis possessio, confestim patri acquiri potest, cum sit facti. d. l. qui hæredi, &. l. quod seruus. ff. de uerbo. obliga. Remanet itaque penes filium, res ipsa, corporalisque rei possessio: emolumentum uero, idest omne ius illius rei, pa-

rei, patri acquiritur. & hoc est quod Vlpianus ait, patri, acquiri emolumentum eius, quod filius acquireret, deinde filius patri rē ipsam uel sponte sua tradet, uel officio iudicis inuitus tradere cogendus erit. Concludo ex his, patri per filium, omne ius, etiam directum acquiri.

Sed his uidetur aduersari.l. qui hæredi.ff. de condi.& demon.ait enim ibi Iureconsul.
7 † eum qui iussus est dare hæredi, debere seruo seu filio dare, qui adiuit hæreditatem, non autem patri, cui acquisita est hæreditas apparet igitur, filium esse hæredem, ergo penes eum remanserunt iura directa, alioquin non esset hæres, sed fideicommissarius l. sed si fine.§. sed quod Papinianus.ff. de mino. Ad hoc respondeo, præmittens prius ueteres, dominum appellasse hæredem.§. fi.insti.de hæred.quali & diffe. est igitur hæres idem quod dominus. Item præmitto, id quod sæpius diximus, hoc est mortuo aliquo, lex confestim omnia illius iura, in unum redigit, efficiturque quoddam uniuersum ius, sub quo omnia alia defuncti iura continentur: deinde eadem lex facit quandam successionem, in illud uniuersum ius defuncti.Bar.in.l.2.de bono.poss.illud tamen uniuersum ius,non est hęreditas,sed ipsa successio in illud uniuersum ius, dicitur hæreditas.l.nihil est aliud.ff.de uerbo.signi. Differt itaque uniuersum ius defuncti ab illa successione, quæ fit in ipsum ius uniuersum, ea namque successio, quæ dicitur hæreditas,est domina illius uniuersi iuris.l. hæreditas in multis.ff.de acqui.re t. domi.Adita itaque hæreditate,quæ,ut dixi,,est successio illa in uniuersum ius defuncti,statim omnia iura transeunt ad eum, qui adiuit.l.cum hæredes.ff.de acqui.posse. Quando igitur filius hæreditatem, idest illam successionem adit, efficitur dominus, sicut & illa erat domina.d.l. hæreditas, & consequenter illud uniuersum ius defuncti cum iuribus particularibus transit in filium, & ex filio cōfestim omnia iura particularia directa & utilia trāseunt in patrem.d.l placet.qui efficitur hæres,idest dominus illorum particularium, iurium, filius uero iam effectus hæres, adeundo illam successionem, quæ proprie est hæreditas, sine dubio hæres manebit, cum semel extiterit.d.§. sed quod Papinianus. Quamobrem filius nudo nomine, quia iurium exercitium non habet,pater uero adita hæreditate, nomine & re dicetur hæres, hoc est dominus omnium rerum particularium defuncti, quod fieri iure potest.l.2.§. sed si fint.ff.ad senatusconf.Tertull.Hinc fit ut iussus dare hæredi, debet date filio, qui prius, non patri, qui per consequens efficitur hætes.d.l.qui hæredi: Hinc etiam efficitur,ut per illa uerba testatoris. uidelicet, quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto,filius qui adiuit hæreditatem,& non pater admittitur.l. qui liberis.§. hæc uerba.ff. de uulg.& pupill.sub.& ratio est, quia filius proprie est hæres, cum ipse adiuerit illam successionem, quæ proprie est hæreditas.d. l.nihil est aliud hæreditas, pater autem cui acquiritur uniuersum illud ius, licet efficiatur hæres, idest dominus illius uniuersi iuris defuncti, tamen differt a filio hærede.
8 Sit igitur † hæres ut genus, in duasque diuidatur partes, ut alius hæres sit illæ, qui adit illam successionem, quæ est hæreditas. d.l.nihil est aliud, & hic erit filius,alius hæres sit ille,qui efficitur dominus illorum particularium iurium defuncti, & hic erit pater & ita ambo possunt esse eodem tempore hæredes.d.§.sed si fint, licet primus momento aliquo sit prior.d.l.placet. hinc fit ut appellatione hæredis in dubio intelligatur ille primus.d.l.qui hæredi. &.d.§. hæc uerba.

Ex his apparet rectè Iureconsultum in.l. 1.si à paren. quis fue.manu.scripsisse, patri acquiri emolumentum eius, quod filius acquireret, ostendit enim aliquid remanere apud filium, cuius emolumentum patri acquiritur: quod uerū est, nam si filius acquirit hæreditatem idest successionem illam in uniuersum ius, successio illa idest hæreditas remanet penes filium, cuius emo'umentum idest particularia iura, quæ defunctus habuit, patri acquiruntur, quæ non est proprie hæreditas, largè tamen dicitur hæreditas.d.l.placet. Item si filius acquitat aliquod corpus,eius emolumentum,id est omne dominium seu ius, acquiritur patri, ipsum uero corpus eiusque corporalis possessio, ipso iure non acquiritur patri, sed penes ipsum filium manet,ut supra dictum est.

Item si filius faciat aliquam cum alio cõ uentionem, eius conuentionis emolumentum, idest omnis obligatio acquiritur patri Insti. per quas perſ. no. obl. acqui. ipſa uero conuentio, ſeu contractus eſt penes filium, & ita intelligitur. d. l. 1. ſi à paren. quis fuer. manum. Eſt etiam animaduertendum, id quod dicitur in. §. igitur. Inſt. per quas perſ. nob. ius acqui. uidelicet, olim quicquid ad filium perueniebat, acquirebatur patri: intelligi oportere, quicquid ſcilicet iurium, nam factum non acquirebatur patri. d. l. qui hæredi, & ſuperius dictum eſt.

Et quia ſupradictum eſt, in regula ſecunda, id quod acquirit filius à patre, non reuerti ad patrem. d. l. frater à fratre, quæ regula procedit etiam in ſeruo, cum dominus naturaliter ſeruo obligetur quemadmodum pater filio, & ea obligatio nec patri nec domino reacquiritur. l. ſi id quod. ff. de condi. in-
9 deb. huic regulæ uidetur aduerſari † tex. in §. an ſeruo. Inſt. de legat. ubi ſi à domino hærede inſtituto, eius ſeruo, pure aliquid legetur, legatum non ualet, & tamen ſecundum regulam præſcriptam, & deberet ualere, cum ſeruus a domino acquirat?

Tu dicas illum tex. a caſu noſtro multum differre, ratio enim differentiæ ea eſt, quod fideicommiſſum relictum à patre filio, ſeu à domino eius ſeruo, uires ex perſona patris ſeu domini capit. ut hic bona enim effecta erant ipſius patris, ſeu domini: quamobrem pater grauatus reſtituere filio, reſtituit quod ſuum eſt, & ſic filius à patre ſine dubio acquirit. At res legata à domine, eius ſeruo, ſeu à patre eius filio, nõ acquiritur prius patri, ſeu domino, ſed recta uia ab eo qui legauit, ad eum cui legata eſt, tranſit. l. à Titio. ff. de fur. quamobrem non dicitur filius, ſeu ſeruus à patre ſeu à domino acquirere, ſed immediate a teſtatore, qui dominum inſtituit. uerſatur igitur. d. §. an ſeruo, in prima regula, de qua dictum eſt ſupra. At ſi pater fuiſſet inſtitutus hæres, & rogatus reſtituere filio hæreditatem, portò fideicommiſſum ualeret, propterea quod fideicõmiſſum non tranſit recta uia a teſtatore in fideicommiſſarium, ſed adita hæreditate omnia iura defuncti in hæredem tranſeunt. l. cum hæredes. ff. de acqui poſſ. quamobrem adita a patre hæreditate, omnia defuncti iura ipſi patri, uti hæredi acquiruntur, deinde reſtituta, hæreditate a patre, omnia iura utilia, ipſi filio acquiruntur. §. reſtitura. Inſt. de fideic. hæred. acquirit itaque filius huiuſmodi iura a patre, ergo non reacquiruntur patri, per regulam ſecundam ſupra firmatam.

Eſt igitur differentia, an inſtituto patre, legatura teſtatore aliquid filio, quo caſu nõ ualet, cum legatum reaquiratur ipſi patri, quod perinde eſt, ac ſi fuiſſet res ipſa patri uti hæredi relicta, id quod fieri nequit: at ſi teſtator fideicommiſſum filio a patre relinquat, quia illud a patre acquiſitum eſt, patri non reacquiritur, ſupra diximus.

Huiuſmodi etiam regulæ ſecundæ, uide licet id quod filius a patre acquirit, patri non reacquiritur, uidetur aduerſari quod
10 † donario a patre ipſi filiofamilias facta nõ ualet. l. donationes la. 1. C. de dona. inter uir. & uxor. quia ut ait Bar. ipſi patri reacquiritur, & ita ſibi ipſi uidetur donare. l. ſi quis pro eo. §. 1. ff. de fideiu. Multa ſuper hoc a Doct. traduntur. ego uero pro ueritate inuenienda, ſuppono, ius aliud eſſe naturale, aliud legitimum, ſeu ciuile. Naturale eſt, quod ubique eandem haber uim, & eſt bonum per ſe, non quia ita uidetur, uel non: utputa, Deum colere, parentes uenerari, opem ferre indigentibus, errantibus uiam monſtrare, cætera huiuſmodi.

Ius autem legitimum a principio, utrum hoc, an illo modo fiat, nihil refert, ubi uero fuerit conſtitutum, refert, & ſeruandum eſt. Ariſt. Ethic. 5. conſtituit itaque ciuitas teſtamentum fieri coram ſeptem teſtibus. Inſt. de teſta. §. 1. & ita cuſtodiendum eſt, poterat tamen cõſtituere ut adhibeteentur quinquedecim, ſeu ſex, ſeu octo, id quod ſi feciſſet, ſeruandum profecto foret. conſtituit præterea ſtipulationem inter abſentes non ualere. §. item uerborum. Inſtit. de inutil. ſtipul. & l. 1. in prin. ff. de uerb. oblig. potuiſſet etiam conſtituere ab abſente contrahi poſſe ſtipulationem, id quod ſi feciſſet utique ualeret. non refert itaque à principio, urrũ hoc, an illo modo, ius legitimum conſtituatur. Item ſupponendum eſt, ea quæ à facultate legumlatrice diffinita ſunt, legitima eſſe, quorum ſingula iuſta eſſe affirmat,

mat, Arist. 5. Ethic. leges autem de omnibus præscribunt, alia prohibent, alia iubent, & quemadmodum facere id quod lex seu ciuitas iubet, est iustum: ita non facere id quod lex uetat est iustum. nam qui facit secundum leges, iustus est: qui uero ab ea exorbitat, iniustus habetur. Arist. ibidem. Et quemadmodum ciuitas constituit, capto patre seu filio, ab hostibus, ius potestatis in suspenso existere, hoc est interim nec ualere, nec penitus tolli. §. sed si ab hostibus. Inst. quib. mod. ius patr. pote. sol. Ita etiam constituit, factam a patre filiofamilias donationem, factam inquam per stipulationem, non autem per traditionem, esse in suspenso, hoc est nec omnino ualere nec omnino uitiari: quamobrem si interim patrem pœniteret, donatio quo ad ius ciuile nulla esset. at si expresse eum non peniteret, & ita moreretur, utique donatio confirmaretur. d. l. donationes. C. de do na. inter uir. & uxo. si confirmatur, ergo interim aliquo modo erat. id enim quod nullo modo est, confirmari profecto nequit: quemadmodum id quod non est, rumpi non potest. l. nam & si sub conditione. ff. de iniust. rup. irri. testa.

Ex his apparet donationem a patre filio familias factam, uiuente patre posse reuocari, eoque mortuo confirmatum iri, quia potest patrem pœnitere: hanc ob causam filius a patre uiuente, rem donatam minime potest petere. At si pater donaret filio, traderetque ei rem donatam, quæ donatio a liberalitate proficiscitur, estque de iure naturæ, ut supra dictum est, ea res ita donata esset ipsius filii, nec patri reacquireretur: quemadmodum obligatio naturalis proficiscens a patre in filium, per refluxum ipsi patri non reacquiritur, cum dominium sit etiam iure naturæ hominum, ut alibi plene demonstratum est: nec eo casu, patris pænitentia quicquam prodest, propterea quod dominium (quod est iure naturæ, seu gentium introductorum. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur.) acquisitum filio, non potest ad patrem reuerti. ciuilis enim ratio, naturalia tollere non potest. acquiritur autem dominium per traditionem, non autem pactionibus. l. traditionibus. C. de pact. Est tamen animaduertendum, quod si donatio incipit à traditione nulla nascitur obligatio nec naturalis quidem, imò si nata esset, traditione tolleretur. Insti. quib. mod. toll. oblig. in prin. adde quod si incipiat à promissione, per stipulationem, nec sit tradita, non posset per pænitentiam effici, quominus naturaliter debeatur, cum ex ea promissione, sit ipsi filio obligatio naturalis acquisita quæ adiuncta erat ciuili, ut not. glos. insti. de oblig. & d. l. frater à fratre. §. quæsitum.

Potest itaque patrem pænitere, quo ad obligationem ciuilem, & eam reuocare, qua reuocata, filius non potest ad donationem agere, cum ex sola naturali, non nascatur actio ubi non inest æquitas: at si res tradita sit, per pænitentiam reuocari minime potest, cum naturaliter debeatur. l. 1. ff. de condi. indeb. & ibi not. & d. §. quæsitum.

Sed quia lex omnis in uniuersum statuitur, nec fieri potest, ut rectè de omnibus casibus in uniuersum diffiniatur, ideo lex id sumit, quod ut plurimum fit. Aristo. 5. Ethic. & l. neque leges. ff. de legi. hanc ob causam, est aliud quoddam ius, quod bonum & æquum appellatur, quod interdum emendat, & corrigit, id quod in lege uniuersali peccatum est. Aristo. ibidem. Hinc fit quod lex uniuersalis constituit testamentum non ualere, nisi adhibitis septem testibus, & rogatis. Insti. in prin. de testa. at ius boni & æqui constituit testamentum inter liberos coram duobus testibus, etiam non rogatis, uim habere. l. hac consultissima. §. imperfecto. C. de testa. item testamentum factum à milite itidem duobus testibus ualere uoluit. l. Lucius & ibi glos. not. ff. de mili. testa. Eodem modo licet lex uniuersalis constituerit donationem inter patrem & filium non ualere, quo ad obligationem ciuilem, ius tamen boni & æqui disposuit donationem à patre filio ob bene merita factam ualere. not. Bar. & Docto. in l. frater à fratre. Item si pater donat filiæ dotis causa. l. Pomponius philadelphus. ff. famil. hercisc. Item si donat usumfructum in aduentitijs: item si donat aliquid pro alimentis, ut dicit glos. in l. 2. C. de inoffic. donat. his igitur casibus, ius boni & æqui: uti iuris uniuer-

si emendatiuum, cōstituit donationem à patre filio in potestate factam, statim uires habere, etiam quo ad obligationem ciuilem, remque donatam filio acquiri minimeque patri reacquiri, uera est igitur his casibus regula secunda. Et ubicunque in iure reperies aliquid in lege uniuersali corrigi, additi minui, quod Doc. appellant fallentias, dicas id fieri iure boni & æqui, id quod si legislator ipse adesset, id etiam fecisset, hoc autem ius boni & æqui, est melius iure legitimo. Aristo.5. Ethic. est enim ea æqui bonique natura ut legis, qua parte deficit, ob uniuersale, emendatio sit. Et quia nullo modo fieri potest, ut lex, omnes casus comprehendat, hanc ob causam, ciuitas, seu legum latores, huius æqui & boni uirtute, aliquam ob iustam causam, nunc addunt, nunc minuunt, corriguntur, id quod sub uniuersali lege continetur, indiffiniti enim, indiffinita esse regula debet, mutaturque una cum rebus ipsis, & ciuitas accommodat se ad res ipsas agendas, quemadmodum ædificationis Lesbiæ plumbea norma ad lapidis figuram accommodatur, Aristo.5. Ethic. sicut igitur norma illa plumbea ad figuram ædificationis mutatur, ita ciuitatis decreta, pro rerum usu immutari consueuerunt, quas mutationes Doc. ut diximus appellant fallentias. sed rectius ius boni & æqui nuncupari liceret. Ex supradictis, apertè constat, quasdam donationes à patre filio fàmilias factas: non ualere, eo quod ciuitas ita constituit, quemadmodum uoluit donationem inter uirum & uxorem non ualere. l. 1. ff. de dona. inter. ui. & ux. & d. l. donationes: quasdam uero ius boni & æqui constituit ualere quæ notantur à Doc. d. l. frater à fratre, & supra paulo ante diximus. quod autem, ex his donationibus, quæ iure boni & æqui ualent filio acquiritur, patri non reaquiri, audacter confirmo. Ex hoc sequitur non esse uerā rationem à Bar. positam in d. l. frater à fratre, cum dicit, ideo non ualere donationem inter patrem & filium, quia patri reacquiretur, si enim esset uera sequeretur donationē factam à patre filio, ob bene merita non ualere. item factam filiæ dotis causa, item factam ob alimenta, cum sit eadem ratio. l. illud. ff. ad l. Aquil. & tamen ualent.

11 Sed si quæras, † quæ nam est ratio, quam obrem extra illos casus, donatio inter patrem, & filium, non ualet? dicas quo ad ius naturale, eam sine dubio ualere, quo ad ius uero ciuile, minime, differentiæ ea est ratio, quod ius ciuile, solum est inter eos, iu quibus esse lex potest. ij autem sunt illi, quibus dominandi, obtemperandique per uices æqualitas inest. Aristo.5. Ethic. eiusmodi autem sunt ciues, qui dicuntur socij, cum ciuitas societas est quædam. Aristo.1. Politi. ciues itaque modo dominantur, modo obtemperant, dominantur quando sunt in magistratu: obtemperant autem eo deposito, & per consequens dum priuati degūt. Hæc autem dominandi obtemperandique æqualitas, inter patrem & filium, esse minime potest, cum filius sit pars quædam patris separata. 5. Ethic. pars uero, toti minime dominari debet: quamobrem inter patrem & filium non est posita lex ciuilis, & consequenter, nec ius. nec obligatio, & hoc à legumlatore in uniuersum statutum fuit: ius autem boni & æqui, quibusdam in casibus, de quibus supra, aliquam ob causam, quæ rationem habet, immutauit, utrumque igitur seruari est iustum, cum utrunque à facultate legumlatrice, sit constitutum.

At natura istam, obtemperandi dominandique æqualitatem, non considerat, sed solum respicit, id quod est bonum, consentaneumqne rationi? ratio enim semper inuitat ad res honestas. Arist.2. Ethic. dictatque fidem. pactaque seruari; nihil enim magis congruum rationi humanæ est, quam ea quæ placuerunt seruari. l. 1. ff. de pac. ob huiusmodi igitur æquitatem, naturalis obligatio, inter patrem, & filium merito nascitur. d. l. frater à fratre, nascitur in quam eo modo, ut diximus in declaratione obligationis naturalis.

12 Quærunt Doc. si † filius instituatur hæres, & iussu patris adierit hæreditatem, quo facto, hæreditas acquiritur patri. l. placet. ff. de acqui. hæred. & l. acquiritur. §. ideoque ff. de acquir. rer. domi. quærunt inquam, an pœnes filium, qui sine dubio, dicitur hæres, remaneant iura directa, uel utilia? communis scribentium opinio est, filium non dici hæredem, etiam nomine, quo ad

ad directas & utiles actiones, & sic quo ad iuris effectum, sed omnino patrem hæredẽ, etiam nomine, quo ad directa. & utilia iura effici: dicitur tamen filius hæres, quo ad effectum facti. exempli causa, si quis fuerit iussus dare hæredi, causa conditionis implendæ deberet dare filio, ut scripto hæredi, non autem patri, cum illa datio sit facti. l. qui hæredi in princ. ff. de cond. & demonstr. & sic filius non est hæres, etiam nomine, quo ad effectum iuris, secundum Doct.

Sed contra hoc uidetur tex. noster hic in uer sic. denique, ubi dicitur, patrem teneri ad fideicommissum tertio restituẽdum, ex persona filij, & sic potest detrahere Trebellianicam, ergo filius erat hæres etiam quo ad iuris effectum, solum enim is potest Trebellianicam detrahere, qui ut hæres directus rogatur restituere. l. mulier. §. fin. ff. ad Trebel. l. lex falcidia. §. si. ff. ad. l. fal. & Doc. hic. sed pater detrahit Trebellianicam. ex persona filii ut hæredis, ergo illud nomen hæres, apud filium habet effectum iuris, cũ detrahere Trebellianicam sit iuris effectus, est enim a iure id constitutum. Insti. de fideicom. hæred. & ad Trebell. ff. si igitur pater ex persona filij tenetur, & ita potest detrahere Trebellianicam, ergo filius remanet hæres directus. Item communi opinioni aduersatur hic tex. ubi pater est rogatus restituere filio, deinde restituens non detrahit Trebellianicam, ratio quia pater nõ ut hæres, sed ut pater rogari uidetur, si non ut hæres, ergo pater non est hæres directus? Ad hæc Doct. respondent, sed mihi minime satisfaciunt. Tu uero pro clariori huius difficultatis intelligentia, dicas, id quod alias dictum est: quod mortuo aliquo ciuitas, seu lex omnia illius iura utilia & directa in unum colligit, & facit quoddam ius uniuersum continens sub se omnia iura particularia, sicut animal in genere sub se omnia animalia particularia continet, & istud ius uniuersum, non est hæreditas. deinde lex seu ciuitas producit quandam successionem quæ hæreditas nuncupatur. Et ut melius intelligas, finge hanc successionem esse puellam quandam, quæ succedit in illud ius uniuersum, efficiturque illius iuris domina: hãc ob causam, ea puella uocatur hæreditas, qua si illius uniuersi iuris domina, cum hæreditas nil aliud sit, quam domina. l. hæreditas in multis. ff. de acqu. rer. dom. & l. non minus. ff. de hæred. inst. hæc sane ex diffinitione hæreditatis, facile colliguntur, dum iureconsf. ait, nihil est aliud hæreditas, quam successio in uniuersum ius. huiusmodi autẽ successio non fit ab homine, sed est quædam successio, quam lex facit statim homine mortuo. ita Bar. in. l. bona in. 2. col. uers. quæro ergo. ff. de bon. poss. & hæc successio, ut dictum est, uocatur hæreditas. Hæc igitur puella, hoc est hæreditas, interdum desponsatur a lege ab intestato, & tunc fit is cui à lege desponsata est, eam accipiat, efficitur hæres, hoc est dominis illius iuris uniuersi, & consequenter iurium particularium sub uniuerso illo contentorum. interdum à testatore desponsatur, quam si sponsus accipiat, itidem fit illorum iurium hæres, hoc est dominus, hæres enim idem est quod dominus. § fin. inst. de hær. qual. & diffe. Pone nunc aliquem puta Flaminium, spopondisse illam puellam Fabio filio Francisci, hoc est instituisse Fabium hæredem, si Fabius iussu patris accipiat illam puellam, hoc est illam successionem, & sic adeat illam hæreditatem, efficitur statim hæres, hoc est dominus illius iuris uniuersi, & consequenter iurium particularium, & ideo acquirit sibi tam ius uniuersum, quam iura particularia illo iure uniuerso contenta: generalibus enim specialia insunt. l. semper. ff. de regul. iur. Sed quia iure constitutum est, ut quodcunq; sibi filiusfamilias acquirit, eius emolumentum seu commodum patri acquirit. l. 1. ff. si a paren. quis fue. manu. ideo acquiritur Francisco patri ipsius Fabij emolumentum illius iuris uniuersi, hoc est omnia iura particularia, tam directa quam utilia, illud uero ius uniuersum tam directum quã utile remanet penes filium, & hanc ob causam filius dicitur hæres, hoc est dominus: est enim dominus illius iuris uniuersi, si. n. non esset dominus illius iuris, utique non diceretur hæres, cum hæres & dominus idẽ sint, sed hæres sine dubio dicitur. d. l. qui hæredi. ff. de cond. & demonst. & l. qui libertis. §. hæc uerba. ff. de uulga. & pupilla. si igitur est dominus, ergo alicuius rei est dominus:

nus: quemadmodum si est ala, alicuius ala ti ala est, & si est pater, alicuius filij pater est, si scientia ergo alicuius scibilis scientia est: è contrario quemadmodum si non est pater, non est filius, si non est scibile, non est scientia, ita si non est res cui dominetur, non est dominus. sed filius sine dubio ex ea hæreditate remanet hærea, ergo aliquid est apud eum ex ea hæreditate cui dominetur, cuius igitur rei dominus erit? nisi illius iuris uniuersi? erit igitur filius hæres, hoc est dominus illius iuris uniuersi, pater uero erit hæres iurium particularium, si bi per filium acquisitorum: sicut in simili dici solet, Imperator est dominus totius mundi, quo ad dominium uniuersale, alii uero sunt domini rerum particularium. Item territorium, est uniuersitas agrorum. l. si pupillus. §. territorium. ff. de uerbor. signifi. cuius uniuersitatis est dominus loci princeps, agrorum autem illa uniuersitate contentorum domini ciues particulares existunt.

Ex supradictis facile patet, filium institutum proprie & quo ad nomen, & quo ad ius directum uniuersum, hæredem existere, directasque actiones in uniuerso apud eum remanent, patrem uero esse hæredem, & quo ad nomen, & quo ad iura particularia sibi acquisita, uti emolumentum illius iuris uniuersi à filio acquisiti. d. l. 1. si a paren. quis fue. manu. ff. quam ob causam, in patrē transeunt actiones directæ particulares, remanentque apud eum quibus potest & conuenire & conueniri. Sed huic sententiæ occurret quispiam inquiens, si ita esset, sequeretur patrem & filium esse dominos insolidum, id quod iure fieri nequit. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commo. & l. hæreditate. §. pater peculij. ff. de cast. pecul. Ad hoc respondens fateor, duos non posse hæredes fieri insolidum, eodem dominio particulari ita loquitur text. in. d. §. si duobus. & in. d. §. pater. ibi enim pater iusserat in testamento seruum peculij castrensis esse liberum, itidem fecit & filius, intestato defuncto prius filiofamilias, mox patre, quærebatur an libertas seruo competeret? occurrebat enim non posse apud duos idem dominium pro solido esse, loquitur igitur de dominio unius serui, quod sine dubio apud duos esse minime potest. Sed in casu nostro pater & filius non sunt domini pro solido eodem dominio in genere, uel in specie, sed filius est dominus illius iuris uniuersi, pater uero iurium particularium, ut dictum est. hoc autem esse potest, ut patet in Imperatore, qui est dominus totius mundi, non autem est dominus rerum particularium absolute, singuli uero homines sunt domini rerum singularum, nam licet dominium quod est penes Imperatorem insit rei meæ, sicut genus inest speciei, tamen non est dominus simpliciter rei meæ, sicut animal non est simpliciter homo. quia in homine est aliquid plus hoc est rationale, quod non est in animali. possumus igitur intellectu concipere, Titium esse dominum animalis in genere, & Sempronium esse dominum animalis in specie, & hoc nullam habebit pugnantiam, de hoc plene diximus in declaratione bonor. possess. Ita ad propositum filius potest habere iura & actiones in uniuerso quæ ad exercitiū non deducentur, habent tamē aliquem effectum, ut dictum est supra, pater autem habebit iura particularia, particularesq; actiones etiam directas, non sunt ergo domini pro solido eodem dominio, & sic non obstat obiectio.

Est sane animaduertendum illud ius, hoc est illam successionem, quæ est penes filium, dici proprie hæreditatem. d. l. nihil est aliud. illa uero iura particularia patri acquisita, non dicuntur proprie hæreditas, sed appellantur hæreditas, eo quòd sub hæreditate, hoc est sub illo iure uniuersali continebantur. Et quia pater & filius una & eadem persona censentur. l. fi. C. de impub. & al. sub. (quo fit ut uox filij uox patris, uox patris, uox filij dicatur. §. ei uerò. Inst. de inutil. stipul.) perinde est ac si esset unum corpus, habēs duo capita (quemadmodum dici solet de illo Iano bicipiti) hoc est caput filij, & caput patris, unū tamen corpus fictione existimatur, sicuti dicimus de seruatore nostro Iesu Christo, qui est una persona ex diuina & humana natura subsistens, is enim quando dicit, ea quæ possunt diuinæ naturæ conuenire, loquitur tanquam homo, ut cū dixit, pater maior me est, cum uero dicit, ea

quæ

quæ non possunt humanæ naturæ accōmodari, loquitur tanquam Deus, ut cum dixit, filius hominis habet potestatem dimittendi peccata. Ita in proposito quando pater rogatur restituere hæreditatem extraneo, intelligitur de ea quæ est proprie hæreditas. uerba.n. simpliciter prolata, capienda sunt in potiori significatu.l.1.si ager uect.uel emphit.per.ff.& sic censetur rogatus ex capite, seu persona ipsius filij, quæ una est cum sua,
13 quamobrem † ipse pater, cum sit eadem persona cum filio, tenetur non ex persona sua, cum illa uerba non cōueniant personæ suæ, hoc est cum non sit apud ipsum proprie hæreditas, tenetur igitur ex persona filij quæ est idem quod ipse, & ita intelligitur text. dum dicit, quoniā ex persona filij tenetur, detrahit itaq; Trebellianicam ex persona filij, qui est proprie hæres. Quando uero testator rogauit patrem, ut restituat hæreditatem filio, quia huiusmodi uerba nō possunt intelligi de hæreditate propria, & sic de illo iure uniuerso, quod est penes ipsum filium, & ideo ei restitui non potest, quod enim meum est, amplius meum fieri non potest.§.sed si rem. Inst. de leg. necessario intelligendum est de illa hæreditate, quæ est penes patrem, quæ, ut dictum est, improprie dicitur hæreditas, quamobrem censetur rogatus restituere illa iura particularia, quæ sunt penes ipsum, & ita fideicommissum ex persona patris uires capit, hoc est pater ex persona sua obligatur ipsi filio iura illa particularia restituere, & ita fideicommissum habet uires, hoc est fundatur, consistitque in persona patris, qui tenetur illud filio restituere non dicitur igitur ex uoluntate testatoris, ut nonnulli scribentes uoluerunt, imo pater tenetur & cogi potest a filio.l.cogi.§.si pater.ff.ad Trebell. Et quia ex persona sua non est proprie hæres, non censetur rogatus ut heres, sed ut pater, hinc fit ut non possit detrahere Trebellianicam quæ solum ab eo qui proprie & directus ex testatoris dispositione est hæres, detrahitur. & ita intelligitur tex. dum dicit, tunc ex persona ipsorum (hoc est patris seu domini) fideicommissum uires capit, (hoc est fundamentum habet). Subdit deinde, cum ipsis, (hoc est filio, seu seruo, & facias subdistinctionem,) fideicommissum hæreditatis relinquitur. cum ipsis inquam, per quos commodum patri, domino'ue quæritur.

14 Sed hic quæritur, † quamobrem pater rogatus restituere filio non detrahit Trebellianicam? Doct. dicunt id fieri, eo quòd pater habet hoc beneficium, ut sit hæres, à filio, quam ob causam non debet illo aduersum filium uti.l.amicissimos in fin.ff.de excu.tut. Hoc mihi minime placet, huiusmodi enim beneficium ut pater sit hæres, non habet a filio, sed ex legis dispositione.l.placet.ff.de acquir.hære.item ut possit detrahere Trebellianicam, non a filio, sed ex senatus consulto Trebell.accipit.ff. ad Trebell. Ratio itaque uera est quod is solus potest Trebellianicam detrahere, qui potest facere ut fideicommissum extinguatur, causa.n. quamobrem Trebellianica inducta fuit est, ne fideicommissa extinguantur. nam si rogati restituere, nollent hæreditatem adire, fideicommissum utique extingueretur. ut igitur aliquo allecti commodo hæreditatem adirent, concessum fuit eis à senatuscō. Trebel. ut quartam retinerent. Instit. de fideic. hæred.§.sed quia hæredes. filius itaq; scriptus hæres poterat, etiam iubente patre, nō adire hæreditatem, quamobrem fideicommissa extinguerentur.d.§.sed quia hæredes. cum igitur filius adiuerit hæreditatē, est in causa ut illud fideicommissum ualeat. adita uerò hæreditate illud ius uniuersum defuncti remanet penes ipsum filium, & ob id habet beneficium à Trebell. senatusc. concessum, quo beneficio, ex persona filij pater aduersus extraneum uti potest, ut hic. ratio est quod una & eadem persona cum filio existimatur.d.l.fi.C.de impub.al. sub. est enim filius pars quædā patris separata, ut ait Aristo. & perinde est ac si ipse pater adiuisset. At pater rogatus restituere filio, (rogatur .n. uti pater non uti filius) non potest detrahere Trebellianicam. propterea quod ipse non est causa immediata ne fideicommissum extinguatur, non enim ipse adiuit hæreditatem. Præterea in patrem non transit illud ius uniuersum quæ est hæreditas. d.l. nihil est aliud. sed iura particularia, ut supra demonstratum est.

ergo

ergo non detrahit Trebellianicam, cum is duntaxat detrahat, penes quem est illud ius uniuersum.

Posset hic quæri, quamobrem bonorum possessor grauatus restituere, potest detrahere Tebellianicam.l.1.§. bonorum ad Trebell. & primus fideicommissarius grauatus restituere secundo, eam non detrahit.l.1.§. idem Neratius.ff. a Trebell. & tamen uterque habet iura utilia? ratio est, quod bona in proposito, est successio uniuersitatis cuiusque qua succeditur in ius mortui, in qua quidem uniuersitate continentur omnia iura defuncti utilia.l.bona.ff.de bon.poss. Bonorum itaque possessor accipiens hanc successionem acquirit illud ius uniuersum: quā ob causam potest detrahere Trebellianicā. at primus fideicommissarius, restituta sibi hæreditate solum acquirit iura particularia §.restituta. de fideicom.hær Insti. hanc ob causam non detrahit Trebellianicam. Concludo igitur, eum dumtaxat posse Trebellianicā detrahere, penes quem est illud ius uniuersum, siue iure ciuili, siue iure prætorio: is uero penes quem sunt iura particularia, siue directa siue utilia, detrahere Trebellianicam minime potest. Item is potest detrahere, qui adiens hæreditatem, est causa ne fideicommissa extinguatur.

Reuertor nunc ad text. ex quo nota diligenter uerba illa, commodum hæreditatis. non enim dicit Papinianus, per quos hæreditas patri, domino ue quæritur. aliud est igitur hæreditas, aliud hæreditatis commodum, sicut aliud est fundus aliud fundi commodum: commodum igitur hæreditatis, hoc est illa iura particularia, seu directa seu utilia, acquiritur patri. hæreditas uero hoc est illud ius, uniuersum, seu (ut melius dicam) successio illa in uniuersum ius, remanet penes filium ut di-
15 ctum est. Erit igitur † filius proprie hæres quo ad ius illud uniuersum: hinc fit, ut grauatus dare hæredi, causa conditionis implendæ, si dat patri, non adimplet conditionem, quia non est proprie hæres, sed dari filio necesse est, qui propriè dicitur hæres. isē si testator dicat, quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto, non pater, qui per filium hæres existit, sed ipse filius ad substitutionem uocatur.l.qui liberis.§.hæc uerba ff.de uulga.& pupil.ratio est quia filius proprie est hæres, & ideo is ad substitutionem admittitur, non autem pater, qui improprie dicitur hæres & consequenter improprie apud eum est hæreditas. illa enim bona, seu iura particularia, quæ patri acquirū tur, non propriè dicuntur hæreditas, ut supra dictum est. Quod autem illa bona quodammodo dicantur hæreditas, ita ostenditur: instituto Sēpronio hærede a Titio, aditaq; ab eo hæreditate omnia iura ad eū trāseunt.l.cum hæredes.ff.de acq.poss.intelligetu, iura uniuersalia: hæreditas enim est illud ius uniuersum, seu potius successio in illud, non autem sunt bona particularia. si igitur bona Titij, particularia à tertio possideantur, & Sempronius uelit illa habere, quod remedium habebit? hæreditatis petitione profecto, ut tot.titu. de peti.hæred.ff. si habet petitionem hæreditatis, ergo petit hæreditatem. sed quo nam modo petit hæreditatem, quam Sempronius adiuit, habetque? necesse est in eo titulo bona particularia appellari hæreditatem. licet improprie. ita sentit Bar.in.l. bona col.2. uers. postquā enim.ff.de bono.poss. Ita in re proposita, instituto filiosfamilias hærede, aditaq; ab eo patris iussu hæreditate, illud ius uniuersum, quod est proprie hæreditas, simul cum iuribus particularibus in ipsum transeunt.d. l.cum hæredes.ff. de acqu. poss. sed illa iura particularia confestim acquiruntur patri, nec momento quidē apud filium remanent d.l.placet. de acquir. hæred. quæ bona seu iura particularia dici possunt quodammodo hæreditas, ut dictum est. & de hac hæreditate loquitur.d.l.placet. &.l.1.§. acquiritur.ff.de aquiren.rer. domi.cæteraq; leges, quibus receptum est patri, per filium acquiri hæreditatem: illud uerò ius uniuersum, & directum quidem quæ est propriè hæreditas, remanet penes filium ab eoque appellatur hæres. si enim apud filium ius illud uniuersale non remaneret, non posset utique dici hæres. ueluti si quis acquirat artem musices, dicitur musicus: at si ab eo, ars illa penitus tolleretur, non posset profecto musicus nominari. sed filius, acquisita iam patri

illa

illa improprie hæreditate, adhuc dicitur hæres. d.l. hæredi. & d.§. hæc uerba ergo apud ipsum remanet hæreditas, unde capit nomen. Doc. dicunt quod filius dicitur hæres nomine, id est nominatus, seu institutus, in testamento, qui nec directas, nec utiles habet actiones. Ego uerò, aut non intelligo, aut ipsi nihil dicunt: finge enim Sempronium instituisse Titium hæredem, legasseque fundum seio etiam in codicillis, hac lege, si decem dederit hæredi suo: mortuo Sempronio relicto fratri qui ab intestato ei succedit Titius repudiat hæreditatem cui nã dabit seius decem ut fundum consequatur? certe secundum Doct. deberet Titio, dare cum fuerit hæres nomine tantum, idest nominatus, seu in testaméto scriptus quod nil absurdius dici potest cum nulla lege, nullaque authoritate probari possit. dabit igitur seius legatarius fratri testatoris, qui adiuit hæreditatem, & sic est proprie, & directus hæres. Ita in casu proposito id quod dandũ est conditionis implendæ causa, filio dari oportet:d.l.qui hæredi, non autem patri: remanet igitur filius hæres non solum nominatus, ac scriptus ut aiunt, sed uerè, cũ apud ipsum sit illud ius uniuersum directumque.

Animaduertendum tamen est, quando filius acquirit aliquod ius particulare, ueluti si stipuletur sibi dari fundum, omne ius etiã directum acquiritur patri, nihilque iuris penes ipsum remanet cum hoc casu nõ sit ius uniuersum, quod possit penes filium remanere, sed tantum particulare, quod patri acquiritur. non enim acquiritur patri proprie ipsa hæreditas, quæ est penes filium, se ipsius hæreditatis emolumentum ac commodum, ut aperte dicit tex.in.d.l.1. si à paren. quis fue. manu.ff.& hac.l. cum filiosfamilias ibi, commodum hæreditatis. Nescio itaque quid sibi uelint Doc. dum aiunt, filium non dici hæredem, etiam nomine quo ad directas & utiles actiones, & sic quo ad effectum iuris.

16 Solet dubitari † quam ob causam filius restituta patri suo hæreditate, actiones hæreditarias non exerceat, cum sit hæres? Tu posses rem ita explicare, niuersalia non cadunt in actionem, neque reducuntur ad exercitium, particularia enim sunt ea quæ in actionem ueniant. Arist. 7. Ethic. exempli causa, animal in genere nec comedit, nec bibit, nec quidpiam aliud facit & ideo non habet effectum in exercitio, sed animalia particularia sub illo contenta, edunt bibunt, currunt &c. & sic habent effectum & exercitium. Item qui habet territorium tantum, hoc est uniuersitatem agrorum, non arat, neque seminat, & ita habet uniuersitatem illam sine effectu, habet tamen effectum terendi summouendique, hi uero qui habent agros particulares arant seminantque. Ita filius, qui habet illud ius uniuersum, seu illam in uniuersum ius successionem, quæ proprie est hæreditas, non exercet actiones, hoc est non conuenit neque cõuenitur & hoc modo posset dici eum nõ habere actiones cum effectu, & ita quo ad hoc non dicetur hæres cum effectu, habet tamen alios effectus, quia quando hæredi dandum est, ei dari oportet, non autem patri. item si hæres substituatur alicui filio impuberi, ipse filius ad substitutionem uocatur: non autem pater d.l. qui hæredi. & d.§. hæc uerba. At pater qui particulares habet actiones conuenit, conuenitur que, quemadmodum dici solet, quod restituta hæreditate, restituens remanet proprie hæres, & apud eum sunt actiones directæ sine effectu. non enim potest cum effectu conuenire neque conueniri, sed fideicommissarius habet eas cum effectu, & potest conuenire ac conueniri. l. 1. ad Trebell. & tamen is improprie dicitur hæres. Ita filius est proprie hæres, & apud eum illud ius uniuersum, uniuersitasque actionum existit, quas non potest cum effectu exercere, cum uniuersalia (ut dictum est) in actionem minime ueniãt erit igitur filius similis restituenti hæreditatem ex senatuscons. Trebell. pater. uero habet iura particularia directa quidem, & ea potest exercere cum effectu, & tamen dicetur improprie hæres, sicuti & fideicommissarius.

Sed interdum illud nomẽ hæredis penes filium est cũ effectu, & quidẽ iuris, puta si testator dicat, quisquis mihi hæres erit, impuberi filio meo hæres esto, quo casu nõ pater sed filius ad substitutionẽ admittitur, nõne igitur hoc nomẽ hæres apud filiũ magnũ habet effe-

bet effectum, cum ad substitutionem admittatur, si ad substitutionem admittitur, ergo habet ius adeundi.l. is potest.ff. de acquir. hæred. & ibi Bar. si habet ius adeundi, ergo habet effectum iuris. uere igitur est hæres etiam quo ad actiones directas sine exercitio tamen, & interdum quo ad effectum iuris ut diximus. Et licet Bar.d.l.qui hæredi. &.d.§. hæc uerba. dicat ideo conditionem illam esse implendam in filio uel seruo quia implementum conditionis est quid facti, & quo ad ea quæ sunt facti, pater uel dominus non dicuntur esse hæredes, nescio quid dicat: non enim quærimus, an conditionis implementum sit facti uel iuris, sit sane quid facti, tamen istud factum ita posset impleri in patre sicut in filio, quid si legatarius iussus esset dare patri, nonne patri dari oporteret, ut conditio impleretur? oporteret profecto.l. meuius.ff. de cond. & demon.sed quia iussus est dare hæredi. & quia filius & pater dicitur hæres, dubitabatur cui dandum esset, respondet Iureconsult. dandum esse filio, seu seruo, non autem patri seu domino, ratio est, quod filius proprie directus est hæres. Item dum Bar.dicit, quod illa uerba quisquis mihi hæres erit, resoluuntur in conditionem, idest si aliquis mihi hæres erit, sed implementum conditionis, dicitur esse facti, & quo ad ea quæ sunt facti, pater & dominus non dicuntur hæredes, sit sane ut ait Bar. sed quid si testator dixisset, si pater mihi hæres erit filio meo sit hæres, nonne hæc est conditio, & etiam quid facti,& tamen in patre implenda esset, eo quod esset per se hæres directus sed quia testator dixit, quisquis mihi hæres erit, quæ uerba possunt proprie & improprie de hærede intelligi, ideo de filio intelligenda sunt, qui, proprie est hæres, ut supra demonstratum est? Sunt nonnulli qui dicant, ideo ea uerba in filio uerificari, quia testator intellexit de hærede scripto. sed quid si testator scripsisset hæredem Petrum & postea dixisset, quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto, uel aliquid fuisset iussus dare hæredi: quid si Petrus nollet esse hæres, quo casu hæreditas ad legitimos pertineret, nunquid Petro scripto hæredi dandum esset, item nunquid Petrus uocabitur ad successionem filij? quippe ex istorum sententia Petro esset dandum, Petrusque ad substitutionem uocaretur, cum sit & scriptus & nominatus hæres, id quod falsum est, nulloque iure probari potest, non est igitur recipiendū. Ex supradictis clare constat, filiū esse directum & proprie hæredem, quo ad illud ius uniuersum, hanc ob causam is uocatur ad substitutionem, eique cōditionis implendæ causa dandum est, non ut filio sed ut hæredi. & quicquid dictū est de filio, potest etiam de seruo dici, cum seruus & dominus possint eadem persona censeri. nam uox serui, uox domini.§. ei uero. & ibi glos. &.§. post mortem.Inst.de inutil. stipul.

In ultima parte huius.l.cum filiofamilias in qua dicitur si pater rogatus sit restituere filio post mortem suam, id est ipsius patris, & filius uiuo patre decedat, quo casu fideicōmissum est effectum caducum.l. unica.§. cū triplici.C.de cadu.tollen. ait Iureconsul. patrem retēturum fideicōmissum: ratio est (ut ait) quoniam fideicommissum ex persona patris sui uires recepit. uult itaque Iureconsul. aliud esse,† si pater rogatus fuisset restituere extraneo, post mortem suam, quo casu fideicommissum ex filij persona uires sumit, ut in uer. denique, & sic cessat ratio, quamobrē fideicommissum mortuo extraneo fideicommissario debeat penes patrem remanere. cessante enim ratione legis cessat legis dispositio.l. adigere.§. quamuis. ff.de iur. patron. si non remanet penes patrem, apud quē igitur remanebit? Scribētes uario modo respondent. Paul. de Cast. & Aret. dicunt. quando pater post mortē suam rogatur extraneo restituere, si extraneus moriatur uiuo patre, & filius eo tempore sit sui iuris, fideicommissum remanebit penes filiū, cō ex persona filij, fideicōmissum sum pserit uires.l. si cum hæres.ff. quando dies leg. uel fideicom. cæd. Sed dicant obsecro, si tempore quo extraneus moritur, filius non erit sui iuris, apud quem fideicommissum caducum remanebit? apud filium ex eorum sententia non, cum nō sit sui iuris: apud quē igitur? hunc casum porro indecisum relinquunt. Tu uerò pro ueritate supponas, fideicommissum seu legatum caducum apud eū remanere, ex cuius persona uires sumit, seu debetur.

debetur.d.l.si eũ hæres. &.l. unica.§. in primo cum seq. C.de cadu. tollen. Quando enim pater post mortem suam rogatus est restituere filio usque uiuo patre decedat, fideicommissum remanebit penes patrem quippe cum ex persona patris uires capiat, ut hac lege. quando autem pater, post mortem suam, rogatur extraneo restituere, & extraneus uiuo patre moriatur fideicommissum ita caducum, remanebit penes filium, cum ex persona filij recipiat uires, remanebit inquam siue sit sui iuris, siue non.

Sed dicent fortasse Paul.& alij, quo nam pacto apud filium remanebit, cum statim patri racquiratur.l. placet.ff. de acqui.hæred? at tu audacter dicas, id patri minime reacquiri. nam quando filius aliquid à patre acquirit, siue obligationem, siue dominium id patri nequaquam reacquiritur.l.frater à fratre.ff.de condi. indeb. & ibi Doct. & præsertim Ias. & ita aiunt limitari.l.placet, ut dictum est supra in secunda regula. sed in casu nostro, filius, huiusmodi fideicommissum acquirit. à patre, & ideo ad patrem non reuertitur, quod autem à patre acquirat ita ostenditur, si extraneus cui restituendum erat, uiueret, utique ipse pater restitueret extraneo: sed cum extraneus uiuo patre, decesserit, idem pater soluet filio, & sic profectum a patre, ad patrem non reuertitur, per dictam regulam secundam. non enim filius, sed pater ex persona filij tenebatur, ut in.l.nostra ibi, quoniam, ex persona filij tenetur, si pater tenetur & restituit filio, ergo filius acquirit à patre, acquirit inquã iura illa particularia, quæ in patrem trãsiuerant, & unientur eum iure uniuersali: habebit itaque filius hoc casu, & uniuersalia, & particularia iura, uerum tamen quod ex illis postea acquiret, ut puta fructus, patri certe acquiret, donec sui iuris efficiatur. Sed dicet fortasse quispiam in lege nostra, filium non acquirere fideicommissum à patre, sed à testatore, qui ipsum filium instituit patremque rogauit, ut filio restitueret? Sed dicas filium immediate acquirere à patre, cum pater teneatur restituere iura sibi iam acquisita, qua restitutione facta, illa iura, quæ ex legis dispositione erant patri acquisita, mox ipsi filio acquiruntur.§. restituta. Insti. de fideicom. hæred. quis igitur neget huiusmodi fideicommissum à patre proficisci in filium? acquirit enim filius à patre, ueluti à causa propinqua, & ex iudicio testatoris, ueluti ex causa remota: sicut dicitur, sol & homo generant hominem, homo tamen generat ut causa propinqua, sol autem, ut causa remota, sed magis causa proxima quam remota consideranda est.

Sed quærunt Doct. si fideicommissum acquiritur filio, qua actione filius contra patrem aget cum lis nulla filio cum patre esse possit.l.lis nulla.ff. de iudi? dicas à filio aduersus patrem posse agi actione ex testamento, sicut quilibet extraneus ita ageret,
18 nec † obstat.d.l. lis nulla, eo quod illa lex locum duntaxat habet quando inter patrẽ & filium non potest esse iniustum, ueluti quando filio nihil acquiritur. sciendum enim est, legem his positam esse, in quibus potest esse iniustitia, atque iudicium: iudicium enim est dijudicatio iusti & iniusti: iniustum uero est lucrum seu damnum, plus seu minus: iustum autem seu æquum, est inter lucrum & damnum, & inter plus & minus.5.Ethic. ergo inter eas personas, in quibus non potest esse iniustum non est iudicium, cum sit dijudicatio iusti atque iniusti, ut dixi, si non est iudicium, ergo nec actio, cum actio sit ius persequendi in iudicio. &c.Inst. de actio, in prin.

Quando igitur filius olim aliunde quam à patre acquirebat, id totum patri acquirebat.§.1. Inst. per quas person. no. oblig. acqui. quamobrem inter patrem & filium, eo casu non poterat esse iniustum, merito cum patre lis nulla filio esse poterat. at quando filius à patre acquirebat, id patri minime reacquirebatur, sed penes filium omnino remanebat, ut supra demonstratum est.

Quamobrem inter patrem & filium iniustum iniquumque eo casu esse poterat, ueluti si pater noluisse restituere, uel aliquid damni in bonis dicti filij dedisset, quare pater fuisset in lucro, filius autem in damno, id quod fuisset iniustum: at ubi est iniustum potest esse iudicium, quod est dijudicatio iusti atque iniusti, si iudicium, per consequens & lis.

Bb 2 In casu

In casu legis nostræ, filius fideicommissum à patre acquirit, quod patri minime reacquiritur per secundam regulam supra positam, posset itaque inter patrem & filiū esse iniustum, ueluti si pater nollet restituere id quod filio debetur: si iniustum, ergo & iudicium: si iudicium, ergo & lis. aget itaque in casu nostro filius actione ex testamēto ad uersus patrem, etiam si sit in potestate, cum ex nostra sententia in hac lege fidecommissum ualeat, restituendūque sit filio, etiam in potestāte existenti, & licet sit in potestate, poterit tamen agere cum habet bona propria, sicut filiusfamilias miles etiam in po testate existens, potest aduersus patrem ratione castrensis peculij, sine dubio agere. d. l. lis nulla, ratio est, quia potest inter patrem & filiumfamilias militē esse iniustū, ergo & iudicium, & per consequens lis. Item hodie in aduentitijs inter patrem & filium, potest esse iustum & iniustum, qua propter inter eos est obligatio ciuilis, ut tenet Bar. in. d. l. frater à fratre. & ibi Ias. in 16. col. in uersic. capio quartam, & de hoc plene diximus supra in declaratione, quamobrem inter patrem & filium non est obligatio ciuilis.

Solet quæri, an lex nostra hodie locum habeat? ut hoc clare intelligas, ita distinguendum est, aut sumus in profectitia, aut in aduentitia hæreditate. primo casu lex nostra in prima parte, in qua dicitur, à patre posse fideicommissum filio instituto relinqui, procedit hodie quemadmodum & olim, ita dicit Bart. cui ego assentior. In secunda uero parte ubi dicitur, fideicommissum relictum à patre ipsi filio, recipere uires ex persona patris, ait Bar. hodie non procedere, si quidem fideicommissum relictum à patre ipsi filio, siue extraneo, non ex persona filij, sed ex persona patris uires recipit, cum filius fuerit institutus patris cō templatione. alleg. l. quidam cum filium. ff. de hæred. inst. hoc enim casu pater non dicitur habere a filio, imò habet a se, licet per mediam personam filij, & si ita est, pater rogatus restituere etiam ipsi filio, poterit retinere Trebellianicam, ita Bar. ad uerbum. Tu uero dicas, quando pater rogatur restituere extraneo, poterit retinere quartam Trebellianicum hodie in profectitia, quem admodum & olim, quoniam ex persona filij tenetur, ut hoc tex. nostro, sed quando rogatur restituere filio, nec hodie quidem poterit Trebellianicam retinere, licet fideicō missum, hoc casu ex persona patris uires capiat: nam ideo ex persona patris uires recipit, quod censetur rogatus restituere illa iura utilia particularia, sibi acquisita, illud uero ius uniuersale, quod est hæreditas. d. l. nihil est aliud, remansit penes filium, ut supra demonstratum est. Quod autem grauatus restituere iura utilia particularia, non possit Trebellianicam deducere, patet in. l.

19 t. §. idem Neratius. ff. ad Trebell. ubi † primus fideicommissarius rogatus alij restituere, non detrahit quartam Trebellianicam à secundo fideicommissario: id quod nulla alia ratione fieri potest nisi quod non habet iura directa, & sic non est hæres.

Nec obstat quod dicunt Doct. acquisitionem fundari, & radicari in persona eius, cuius contemplatione alij relinquitur, ut in l. fideicommissa. §. interdum. ff. de leg. 3. ibi enim testator fidei hæredis commisit, ut publicano, pro Titio præstaret fideicōmissum siue legatum, non petit Publicanus, cui ad scriptum est, sed poterit ipse Titius pro legatum relictum est petere, loquitur itaque lex illa de legato quod acquiritur ei, cu ius contemplatione relictum est, non ei cui adscriptum est: & ideo ipse Titius habebit absque opera & facto Publicani. Ita in ca su nostro, emolumentum hæreditatis patri acquiritur cuius contemplatione filius est institutus: quemadmodum ibi, & Titio. non tamen pater acquireret eiusmodi emolumentum sine opera & facto filij, sed ita demum si filius adierit hæreditatem. adita uerò hæreditate, ipse filius erit hæres, & apud ipsum remanebit ius illud uniuersum, pater uero solum iura particularia habet, ut supra dictum est, quamobrem non potest Trebellianicam detrahere, quemadmodum nec primus fideicommissarius. Dicunt præterea quando filius instituitur patris contemplatione, est perinde ac si ipse pater fuisset institutus. alleg. l. quidam cum filium. ff. de hæred. inst. quæ lex minime hoc probat, ibi enim

testator

testator uolens instituere quendam filiumfamilias, is filius à testatore impetrauit ut amicum suum hæredem institueret, testator contemplatione filij amicum eius instituit: quamobrem si perinde esset ac si filius fuisset institutus, potuisset ipse filius sine dubio adire hæreditatem, & esset hæres directus, id quod facere nequaquam potest; habet enim dumtaxat actionem mandati, qua poterit cogere amicũ ut adeat restituatq;. sed si testator rogauit amicum ut restituat dicto filio hæreditatem, à filio fideicommissum peti poterit, ipse uerò amicus remanebit
20 hæres. Ita in casu nostro, licet † filius contemplatione patris sit institutus, non tamẽ pater erit hæres, sed ei dumtaxat hæreditatis emolumentum acquiretur. d.l.1.ff. si a paren. quis fue. manu. & in hac lege nostra. emolumentum autem sunt iura ipsa particularia, ut dictum iam est. si igitur pater non est hæres, non poterit Trebellianicam detrahere. l. mulier. §. fin. ff. ad Trebell. ratio, quia non habet nisi iura particularia, ut primus fideicommissarius. d.l.1.§. idem Neratius. ff. ad Trebell.

In secundo casu, hoc est in aduentitia hæreditate (est autem aduentitia quando contemplatione filij, uel simpliciter datur. l. aditio. ff. de acqu. hære.) ex nostra in prima parte hodie in proprietate locum non habet. ea enim est ipsius filij, nec patri acquiritur §. igitur liberi uestri. Inst. per quas person. nob. ius acqui. l. cum oportet. §. 1. C. de bonisque lib. quamobrem instituto filio, rogatoq; patre restituere eidem filio hæreditatem, fideicommissum quo ad proprietatem minime ualet, quippe cum res propria alicui legari non possit. l. proprias. C. de lega. §. sed si rem. Inst. de leg. & hoc tenent Doctores quibus non aduersor. Quod uero ad usumfructum, dicunt Doctor. fideicommissum nequaquam ualere, nisi quando filius erit sui iuris (quo tempore, ipse usufructus reuertitur ipso iure ad proprietatem absque alia restitutione per patrem facienda) & interim pater habebit commodum fructuum, sed tempore quo filius erit sui iuris, patet ipsi filio eos restituet, quos antea perceperat. solum igitur pater habebit fructuum commoditatem, quasi interusurium quoddam, a tempore hæreditatis à filio aditæ, usque ad tempus quo sui iuris efficietur. l. in fideicommisso. §. cum Pollidius. ff. de usu. hæc. Bar. Ego uero non uideo, quid sibi uelint. nam si pater rogatus restituere usumfructum filio, non teneretur nisi quando filius erit sui iuris, ergo interim usufructus est ipsius patris. quod enim sub conditione, uel ad diem incertum relinquitur, interim est ipsius à quo relinquitur. §. sin autem sub conditione. C. de cadu. tollend. l. cedere diem. ff. de uerbo. sign. si interim usufructus est ipsius patris ergo interim facit omnes fructus suos. §. is uero. Instit. de rer. diuisio. & l. si usufructuarius. ff. quib. mod. usufruct. amitt. si facit suos, ergo non teneturrestituere. Non obstat text. in. d. §. cum pollidius. ibi enim consanguinea Pollidij testatrix rogauit ipsum Pollidium hæredẽ, ut quicquid ex bonis suis ad se peruenisset filiæ testatricis restitueret, cum certam ætatem puella complesset, (id quod mater cauit, ne res filiæ tutoribus committeretur, sed potius necessitudini, hoc est. Pollidio consanguineo committeretur) deinde legauit eidem Pollidio fundum: dicit Iureconsul. fructus à Pollidio perceptos, debere filiæ restitui, reddit rationem inquiens, siue quod fundum ei tantum reliquerat, & sic quod in uno commisit, in cæteris prohibuit ff. de iudi. l. cum prætor, siue quod mater remedium fideicommissi tutoribus prætulerat. ex his duabus rationibus Pollidius tenetur restituere fructus perceptos. At in casu nostro nulla ratio reddi potest, quamobrẽ pater teneatur restituere fructus perceptos, cum usufructus sit suus. Alij dicunt, patri non acquiri usumfructum, nam cum pater fuerit rogatus restituere aduentitiam hæreditatem, huiusmodi fideicommissum nõ potest intelligi de proprietate, cum sit ipsius filij, necessario intelligitur de usufructu, qui transiuit in patrem, perinde est igitur, ac si ipse testator, expresse dixisset, rogo ut restituas usum fructum. arg. l. 2. ff. de libe. & posth. sed si testator cauisset expresse à patre usumfructum filio restitui, esset perinde ac si prohibuisset acquiri usumfructum, ipsi patri, quod facere potest. Aut. excipitur. C. de bonisque lib. quamobrem non acquiritu

quiritur patri usufructus. Sed hoc minus placet, si quidem Aut. excipitur. & in corpore unde sumitur, loquitur quando testator reliquit filiofamilias hac conditione, ne usufructus patri acquiratur: at in.l.nostra, usufructus acquiritur patri ex legis dispositione, id quod considerans testator, rogauit patrem ut usumfructum acquisitum restituat filio: sed quando restituet, in hoc est controuersia, ideo dicas fideicommissum eiusmodi pure relictum, recipere uires ex persona patris, statimq; esse restituendum ipsi filio, nec patri reacquiretur, cum a patre profectum filio acquiratur, ut dictum est supra in proprietate, & ita cessabunt difficultates.

Quærit Bar. an habeat locum lex nostra hodie, in secunda parte? teneas id quod tenet Bar. in ultimis uerbis dictæ quæstionis, hoc est, quando pater rogatur restituere hæreditatem aduētitiam extraneo, quo ad proprietatem, quæ sibi non fuit quæsita, tenetur eam restituere, ut legitimus administrator ipsius filij, quemadmodum dici solet de tutore.l.etiam.C.de fideic. quo uero ad usumfructum sibi acquisitum cogitur restituere ut debitor, si quidem pater ex persona filij tenetur extraneo restituere fideicommissum, ut in.l.nostra.

Summarium

1 *Fideicommissum quot modis dari potest.*
2 *Casus legis, & intellectus.*
3 *Fideicommissum relictum in codicillis testamento inualido quando peti potest. & nu.4.*

LVIII. DECLARATIO
l. Eam quam.C.de fideicom.

Omissis Doctorum sententijs, quæ in uicem se perimunt, ut milites illi, quos aiunt, ex dragonis dētibus natos, nouum & uerū arbitror esse intellectū, quem deinceps afferam. Pro cuius intelli-
1 gentia, sciendum est, quod aut † fideicommissum est relictum in ipso testamento, & tunc siue testamentum rumpatur, siue fuerit ab ipso initio nullum, uel ex solēnitatis, uel ex causæ finalis defectu, uel quia irritetur. propterea quòd nemo ex eo adeat hæreditatem, tunc proculdubio fideicommissum peti non potest.l.ex testamento.l.si ueritas. C.de fideicomm.l.si nemo.ff.de testamento tut. quæ leges indistinctè loquuntur, & ita indistinctè intelligendæ sunt.l. de pretio.ff. de publi. Aut fideicommissum est relictum in codicillis, & tunc aut codicilli pertinent ad testamentum, & ex eo uires recipiunt (id enim fit. quando testamentum à principio ualuit) & tunc si testamentum deinde rumpatur, ut puta posthumi agnatione, uel non ualet eo quod hæreditas non fuerit adita, fideicommissum etiam in codicillis relictū nullius est momenti. l.1.C. de codicill.l.si quis.§.testamento.ff. eo. Aut codicilli non recipiunt uires ex testamento, sed per se subsistunt (id quod efficitur, quando testamentum à principio est nullum, uel præteritione filij iam nati.ut Insti.in princ.de exhęred. lib.uel ex defectu causæ finalis, ut puta, si quispiam instituerit aliquem, quem putabat suum esse filium qui uerè non erat: uel putabat esse filium adoptiuum, & adoptio non ualuit.l. si pater tuus.l. nec apud. C.de hæred.inst.) & tunc fideicommissum ualet, quia uenientes ab intestato censentur, grauati.l. conficiuntur.ff. de iure codicill. His
2 præmissis pone casum. erant † duo fratres, quorum unus quandam puellam in filiam, sed non iure adoptauit, deinde eam instituit hæredem facto testamento, & in codicillis rogauit dictam filiam, si infra 12.annum moreretur suam hæreditatem restitueret, puta Sempronio: mortuo testatore decessit etiam pupilla, frater superstes accepit omnia bona fratris mortui, Sēpronius fideicōmissarius petebat sibi fideicōmissū testamēti uirtute restitui, frater aūt dicebat fideicōmissum non ualere, propterea quod puella illa non adierat hæreditatē, hæreditate autē non adita ex testamēto nihil peti potest, per regulam supra firmatam: quamobrem, & frater mortui, & Sempronius fideicommissarius, accesserunt ad Imperatorem, ab eoq; petierunt, ut responderet, an dictum fideicommissum peti posset, cum ut supra dictum est dicta filia non quæsiuerit hæreditatem? Respondet Imperator dicens, eam, supple tu, quam eam, frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate decess-

te decesserit: nihil prohibet (idest, nihil est impedimento) quin Sempronius possit fideicommissum petere ab hæredibus (ipsius puellæ, supple tu, si adiit hæreditatem uel ab his qui tenent bona fratris, scilicet mortui ab intestato, si puella non adiuit cum uoluerit, scilicet frater testator, nonnullos substitutos esse ei, (scilicet puellæ) uerbis precarijs ante 12. annum, hoc autem fecit facto testamento. (idest postquam factum fuit testamentum) ita enim secundum grammaticos, ablatiui absoluti participij præteriti temporis interpretantur. & sic necessatio apparet, fuisse factos codicillos, post factum testamentũ, quocirca fideicõmissum fuit factũ post testamentũ, quod fieri põt in codicillis. l.si.C.de codic. Deinceps in uers. tunc enim. Imperator respondens tacitæ obiectioni adductæ à fratre, in-
3 quir, quod dicis, † ea quæ in testamento relinquuntur, non adita hæreditate non ualere: habet locum quando ipsa hæreditas. solum est relicta uerbis directis, (idest per directum) non autem quando ipsa hæreditas sic data est, ut non solum sit relicta ab hærede instituto, sed etiam ita relicta est, ut postulare etiam possit à successoribus ab intestato: supple tu ut in casu nostro. Et dum Imperator ait, hæreditatem fuisse etiã relictam à successoribus ab intestato: intellige tu non expresse quia esset contra id, quod dixit supra scilicet fideicommissum simpliciter fuisse relictum. sed quia fideicommissum fuerat relictum post factum testamentum, & sic in codicillis, quorum uirtute censentur grauati & rogati uenientes ab intestato, quia creditur pater familias sponte sua illis relinquere legitimam hæreditatem.l.conficiuntur.ff. de iur. codicil. qui si adeant hæreditatem, quasi contrahunt cum ipso fideicommissario. Insti. de oblig. quæ ex quasi delict. nas.§.hæres. & hoc uult dicere Imperator in illo uersic. non cum illa ipsa fic. &c. Deinde in uersicul. quod rescripsimus. Imperator ponit causam, quamobrem determinauerit dictos codicillos, seu fideicommissum ualere: dicit enim, quod id rescripsimus, sequuti tuam asseuerationem, qui dicebas, dictam hæredem non fuisse iure adoptatam. & sic testamentum ipso iure nullum fuisse constat, ut dictum est in præmissis, quo fit, ut ipsi codicilli per se subsisterint, per ea quæ dicta sunt. Subdit postea in uersic. alioquin. inquiens, si dicta hæres fuisset uere adoptata, & adiuisset hæreditatem, hæredes ipsius restituere fideicommissum cogerentur. quasi dicat, quòd si ipsa adoptio ualuisset consequenter institutio, & ipsa non adiuisset hæreditatem, fideicommissum non ualeret, quamuis esset datum in codicillis in testamento factis, per ea quæ diximus supra. Hic est casus.
4 Nota quòd † quando fideicommissum, seu legatum est relictum in codicillis, si testamentum à principio non ualet, fideicommissum peti potest, & sic lex ista decidit, id quod Doctores determinant in.l.1. de codicill.

Summarium

1 *In trebellianica quid computetur.*
2 *Casus legis, & intellectus.*
3 *Legatarius a cohæredibus accipit legatum.*
4 *L. nesennius ff.ad.l.falc.declaratur.*
5 *§. nummis.l.deducta.ff ad trebell. declaratur.*
6 *Filius grauatus restituere, an & quando detrahit duas quartas. & nu. 7.*
Legitima olim in fideicommisso continebatur.

LIX. DECLARATIO l.filium quem habentem.C. famil.hercisc.

L. filium quem habentẽ nota est, sed difficilis habetur: difficultas autem nascitur, eo quòd Doct. quos uiderim, non bene sciuerunt eius uerba cõstruere, & secundũ eorũ constructionem & intellectum multa oriuntur contraria, mihi aũt accuratè eam legem introspicienti, eiusque uerba ut uera postulat grammatica construẽti, nulla apparet difficultas, quamobrem ex nostra casus positione, & ex uera literæ ordinatione, lex facilis, & plana, nullum habens contrarium, cuiq; uidebitur. omissis itaq; Doctorũ ambagibus, id ipsum aggrediar. Hæc lex in tres diuiditur partes. in prima quædam fideicommissi dispositio, sub conditione ponitur in secunda ipsius conditionis

ditionis euentus. In tertia determinatur quid retinere, quidue restituere hæres debeat per fideicommissum iam grauatus. secunda ibi, post eius. tertia ibi, hæreditaria.

Antequam ueniam ad facti narrationem
1 suppono, quando † quis grauatur portionē suam hæreditariam cohæredi suo restituere, retento sibi fundo hæreditario: in quartam Trebellianicam retinendam solum imputatur pars hæreditaria, quam ipse in eo fundo habet: pars uerò quam accipit à cohærede, extra quartam est, idest, habet eā ultra quartam. Item, in quartam imputatur etiam summa, quam accipit à cohærede, seu iure legati, seu conditionis causa implendæ. & hæc probantur in.l. quartam.ff. ad.l.falcid. His igitur suppositis. pone ita
2 casum. Quidā † paterfamilias habebat tres liberos, & duos fratris filios, ac in bonis quingentos aureos, & uni ex liberis, quem fortasse magis diligebat propterea quod erant ei in omnibus audiens, fundum concesserat, ut ex illius redditu res quas sibi uel let suo arbitratu compararet: is pater familias senio iam confectus, ne controuersia de bonis suis post eius obitum nasceretur, condidit testamentum, in quo instituit tres suos filios, & etiam duos fratris filios, æqua portione, & ita unicuique hæredum iure hæreditario, ueniebant centum aurei: item fundum, quem uni ex filijs concesserat, ab eodem filio retineri uoluit, qui quidem fundus quinquaginta aureos ualebat: eundemque filium postea, uerbis precarijs rogauit, ut portionem suam hæreditariam fratribus & patruelibus cohæredibus restitueret, sub conditione, puta si ipse effectus esset Doctor, uel si nauis ex Asia ueniret: e contrario, uoluit à cohæredibus uice mutua illi filio decem aureos præstari. Mortuo testato re conditio extitit, idcirco quatuor eius cohæredes, petebant sibi fideicommissum ex testamento restitui, grauatus, id facere minime recusabat, contendebat tamen ex portione sua restituenda, quartam Trebellianicam, retinere, id quod iure sibi concedi ex Trebelleiano senatus consulto asserebat, quam quidem quartam, aiebat esse, uiginti quinque aureos, propterea quod portio sua hæreditaria, erant centum aurei, ut patet in institutione. cohæredes uero è contrario, dicebant, eum habere fundum, à testatore iam concessum, quinquaginta aureos æstimatum, & amplius decem aureos, quos acceperat à cohæredibus, & sit sexaginta aureos, quamobrem Trebellianicæ locus non erat, quippe cum ultra eam, multo plus haberet. Nata itaque inter eos hac controuersia, accesserunt ad Diocle. & Maxi. Imperatores, ab eisque petierūt, quo modo detrahenda esset quarta, quidue in eā imputandum, quidue restituendum foret? Imperatores audita eorum controuersia, responderunt, hæredem rogatum, cogendum esse portionem hæreditariam suam restituere, retenta quarta: in quam imputandam esse dicebant, eam fundi portionem, quam rogatus in eo fundo iure hæreditario habebat quæ portio erant decem aurei, si quidem fundus quinquaginta ualebat erantque quinque hæredes, ut fuit dictum. Præterea aiebant in quartam imputandos esse, illos decem aureos, quos grauatus à cohæredibus accepit, & sic efficitur summa uiginti aureorum: desunt tamen integræ quartæ, quinque aurei, quos filius grauatus, ex portione sua hæreditaria, cohæredibus restituenda, deducet. Postea subdunt Imperatores, reliquū quod in eo fundo, à cæteris cohæredibus soluetur, (idest quatuor alia eiusdem fundi portiones) filius rogatus, seu grauatus præcipuas supra quartam habens, compellitur suam hæreditatis portionem restituere. Hic est casus.

Construe modo literam, sed prius supponendum est, plerumque eleganter fieri, ut antecedens sequatur casum relatiui, relicto suo: ut apud Virgilium, urbem quam statuo uestra est. tale est. & in euangelio, sermonem quem audistis, non est meus, in tali sermonis genere; idem nomen repetimus, ita scilicet, urbem quam statuo uestra est, idest urbs, quam statuo, uestra est, hoc modo interpretatur Laurentius in libro tertio cap. 19. Ita in.l. nostra faciendū est. dum enim dicitur, filium quem habentem &c. dicas filius, quem filium, habentem fundum &c. uel illam dictionem filium, resoluas in casum suum, idest in nominatiuū, & dicas filium, idest filius, quem habentem

fundum &c. Dicas igitur nunc, filium, idest filius, [facias subdistinctionem, & suspende structuram usque ad uerbum compellitur] quem filium habentem fundum, ut supra, testator uerbis precarijs [idest per fideicom missum] sanxit restituere suam hæreditatis portionem fratribus, & quibusdam alijs [scilicet cohæredibus, ut innuit dictio alijs] sub conditione puta si nauis ex Asia uenerit: Post conditionis euentum hæreditaria fundi illius parte [idest decem aureis] in ratio ne quartæ retenta compensato præterea eo quod a cohæredibus uice mutua percepit [puta decem aureis, uti casus figuratione dictum est] & deducto, [supple tu, ex portione hæreditaria restituenda: non autem ex fundo, ut aiunt Doctores] eo quod deest in supplementum, [scilicet Trebellianicæ, puta quinque: tantum enim integræ quartæ deerat] & facias subdistinctionem post dictionem deducto, nunc reassume illam dictionem, filium, in principio legis positam, & resolue hoc modo, filium, hoc est filius, & iunge cum illo participio habens, deinde accipias illa uerba supra quartam, & dicas: filius habens [hoc est, sibi retinens] supra quartam id quod a cæteris in eo fundo soluitur. reddere compellitur, scilicet ille filius sed quid compellitur reddere? suam inquam hæreditatis portionem, quam testator uoluit cohæredibus restitui. & si hoc modo cõstruatur, procedit casus noster: & hæc lex concordat cum.l.in quartam. & cum.l. deducta.§. numis.ff. ad Trebell. cumque alijs legibus, quæ à Doctoribus pro contrarijs adducuntur. Sed ad unũ aduertito, quod
3 bene dicitur in tex. quod † soluitur a cæteris, in eodem fundo. nam ex quo retentus fuit fundus hæreditarius, non poterat lega tarius, manu propria accipere, nisi portionem suam hæreditariam: aliæ autem portio nes a cohæredibus, qui in eo fundo dominium habent, recipiendæ sunt, & per consequens ab eis soluuntur, ut dicit tex.in.d.§. numus.

Sed huic intellectui, uidetur aliquantulũ
4 obstare † tex. in.l.ne sennius.ff. ad.l.fal. ubi si testator ab uno, hærede legat cohæredi, ab eoque cui legauit, iterum legat aliquid suo cohæredi, quod si primus adeo est graua tus legatis, ut locus sit falcidiæ, si uult eã de trahere ex legato, quod suo cohæredi præstaturus est, minime est audiẽdus, si id, quod percepturus est ab illo, suppleat id quod deducere desiderat ex illius legato, & in lege nostra, cohæres rogatus restituere portionẽ suam cohæredibus, deducit, ex ea portione, id quod deest quartæ, secundum casum propositum, quod fieri non debetet per.l. nesennius, cum retineat fundum hæreditariũ, quĩ cum portione, quam habiturus erat à cohærede in fundo retento, compensari debebat, id quod non fit, ergo &c. Solue & dicas, non obstare.d.l.ne sennius, quoniam, tunc illa lo cum habet, quando is qui desiderat falcidiã seu trebellianicam, accipit à cohærede aliquid ex uoluntate testatoris in testamento expressa, ut patet in illo tex. in uers. sed cũ his, ibi, ex uoluntate. & ibi ex testamento, non autem habet locum, quando per retentionem, hæres tacite accipit portionem cohæredis in aliquo fundo, ut patet in.l. deducta.§. numis.ff.ad Trebell.

5 Posset obiter hic quæri, si † hæres grauatus restituere portionem suam, acceptis numis decem, totam pecuniam in quartam imputat.l. deducta.§. numis.ff. ad Trebell. quamobrem si retento sibi prædio, portionem restituere rogatus sit, solum hæreditariam fundi portionem imputat? Responde tur quod pecunia omnis, de portione retine ri potest, hoc est ipse grauatus, posset totam pecuniam ex portione sua redigere, quamobrem perinde est, ac si haberet iure hæreditario, intellige tamen, illos decem numos in arca testatoris non fuisse, si enim fuissent in arca, perinde haberentur, ac si esset fundus.l. plane.§ sed hoc ita.ff. de leg.1. facit.l. talis.§.pe.ff.eod. Diuersa causa est in fundo, solum enim portionem fundi quam ipse iure hæreditario habuisset, hoc est quam uti cohæres in diuisione erat habiturus, in quartam imputat, illam enim ut cohæres per se accipere potuisset: Alia uero fundi portio, quæ in diuisione cohæredi uentura erat nisi à cohærede, qui eius dominium habet. accipi potest.d.l.deducta.§.numis.ff.ad tribell. idcirco in quartam non imputatur, non quia à cohærede accipitur, sed quia fundus diuerso iure in quartam imputaretur

Cc parti

partim scilicet iure hæreditario, partimque iure legati, id quod fieri non debet, arg.l. cum qui ædes.ff.de usucap.

Nec fieri potest, ut totus fundus iure hæreditario percipi uideatur, secus autem est in numis pecuniam enim omnem de portione sua grauatus accipere posset, & hoc ostendit tex.in.l deducta.§.numis.ff. ad Trebell. cohæres itaque restituere grauatus, acceptis numis, in eius quartam omnem pecuniam, in fundo autem portionem suam duntaxat imputabit: Alia uerò portio, quam à cohærede accipit, extra quartam habet, hoc aperte dicit tex.in.l.in quartam, uers. pro ca.ff. ad.l.falcid.ubi ait, pro ea parte, quam accipit à cohærede, extra quartam, idest quod à cohærede accipitur, non accipias dictionem, id est declaratiue, sunt enim duæ dictiones uidelicet, id quod est pronomen, & est quod est uerbum, uult enim dicere, id quod quis accipit à cohærede in fundo, extra quartam habet.

6 Quæritur, an † possint detrahi duæ quartæ, à filio grauato restituere alicui hæreditatem? Pro huius quæstionis declaratione, sciendum est. quod licet bona patris, natura li quadam ratione, sint quasi debita liberis. l.cum ratio ff.de bon. dam.l.fi.C. de iur.codicil. tamen licebat patri, eos exhæredare. l.in suis ff.de lib.& posth.id quod absurdum iniustumque uidebatur, quippe cum ipsi essent etiam uiuo patre domini, quare non erant omnino priuandi: econtrario uidebatur dicendum, patrem, posse suo arbitratu de bonis suis disponere.l. in remādata.C.mād. quamobrem iureconsulti, mediam quandam uiam eligentes, statuerunt, ut patri de bonis suis disponere liceret, dummodo liberis suis, quartam hæreditatis relinqueret, & si eam, non reliquisset, testamentum eius per querelam de inofficioso rescindi posse, constituerunt l.Papinianus.§.quarta.& tot. titu.de inoffi. testa.ff. & si pater filio minus quarta uno aureo reliquisset, poterat testamentum tanquam inofficiosum rescindi. Hoc autem animaduertens Imperator sanciuit, testamentum, ob eam rem subuerti nequaquam posse, sed a filio petendam esse, eius quod decesset repletionem, id quod ex substantia patris faciendum esse uoluit.l. simus.§. sancimus, uers. repletionem. &.l. quoniam in prioribus in prin.C. eod. Eueniebat aliquando si filius erat grauatus a patre restituere alicui hæreditatem, eo fideicommisso etiam quarta ipsa, iure naturæ debita continebatur. poterat tamen filius restituens retinere quartam ex senatus cons. Trebell.l. iubemus.C. eod. & ita usque ad Iustiniani tempora non poterat filius grauatus restituere, nisi quartam Trebellianicam retinere, quartam uero iure naturæ debitā fideicommissario, una cum alijs bonis restituebat: hinc effectum est ut scribentes ferè omnes dicunt, iure ciuili non posse, nisi unam quartam detrahi, intellige tu, hoc esse uerum ante Iustinianum. nam ipse uidens, filium posse in restituenda quarta, iure naturæ debita, omnino grauari, sanciuit ut ab ipsa quarta, omne grauamen, omnisque dilatio, ac omnis dispositio, moram seu quodcunque onus introducens, remoueretur d.l. quoniam in priobus. ex quo effectum est, ipsam quartam naturæ debitam, non esse restituendam fideicommissario, sed ipso iure apud filium integram intactamque remanere: quæ hodie est triens, si sunt quatuor uel pauciores filij, si uero plures, est semis. Aut. nouissima.C.de inoff. testa. Post illam.l. quoniam in prioribus, perspicuum erat, filium posse deducere tertiam partem, iure naturæ debitam (imo ipso iure detrahitur, in qua ipse filius grauari non potest) nec nō quartam Trebellianicam, quam quilibet hæres etiam extraneus restituere grauatus, deducere potuisset.c.Raynaldus, ex. de test. Responde nunc ad quæstionē & dicas, † ante.l.quoniā in prioribus, nec iure ciuili, nec iure canonico, potuisse duas quartas detrahi, sed sol Trebellianicā.l.iubemus. C.ad Trebell. quæ est Zenonis, qui fuit ante Iustinianum authorem.l.quoniam in prioribus, per quam sancitum est, filium non posse grauari in portione iure naturæ debita: quamobrem post illam legem, tam iure ciuili quam canonico, posse & legitimam & Trebellianicam detrahi, dicendum est. 7

Quod autem id iure canonico fieri possit expresse est cautum in.d.c. Raynaldus, ubi Pontifex illud decidit, ex ratione d.l. quoniam in prioribus. & ibi in glos.interpretatur.

tur. De iure uero ciuili non habemus legem in qua hoc expresse sit cautum, cum post illam sanctionem Iustiniani, quoniam in prioribus, nihil aliud sit ab Imperatoribus in hac re sancitum, sed ex ratione illius legis etiam iure ciu 'i posse deduci, & legitimam & Trebellia' cam satis constat. ratio enim est huiusmodi, si a legitima remouetur, omne grauamen, omnisque dilatio, ergo fideicommissum non continebitur: fideicommissum enim est grauamẽ quodam: remanebit igitur apud filium, seu eius hæredem, ipso iure ab hæreditate separata. deinde siue filius ipse grauatus, siue eius hæres restituat hæreditatem, poterit eo tempore, quo restituit, deducere quartam Trebellianicam.l. cohæredi.§. cum filiæ.ff.de uulg. & pupil. sub. quam quilibet etiam hæres extraneus restituere grauatus deducere potuisset in.d.c. Raynaldus.

Habes igitur filio grauato siue pure siue sub conditione posse & tertiam iure naturæ debitam, & quartam Trebellianicam ab hæreditate restituenda deduci, & hanc arbitror esse ueritatem. Doctores uerò in d.c.Raynaldus, & in.d.§.cum filiæ, dicunt. aut filius est grauatus pure, & non poterit detrahere nisi quartam unam, & hoc modo intelligunt leges ciuiles, in quibus uidetur probari, non posse detrahi nisi unam quartam.l.iubemus.C. ad Trebell. & Aut. res quæ.C.commu.de leg.cum simil. quæ leges hodie nihil probant, cum earum tempore, idest ante.l.quoniam in prioribus, potuisset filius grauari in legitima, ut dictum est, quam ob causam non poterat detrahi nisi Trebellianica, hodie uero aliter dicendum est.

Subdunt deinceps, aut filius est grauatus sub conditione, & tunc aiunt posse detrahi iure canonico legitimam, & Trebellianicam.d.c.Raynaldus. Sed certè uerba d.c.probant indistincte, posse & tertiam iure naturæ debitam, & Trebellianicam posse deduci. nec enim ibi distinguitur, an filius pure uel sub conditione grauatus esset. Doctores quidem, ut.d.c.concordaret cum legibus, coacti sunt ita dicere. Tu uerò poteris ex superius dictis concordiam dicere. dictum enim fuit ante.l. quoniam in prioribus. tam canonico, quam ciuili iure, non potuisse detrahi nisi Trebellianicam, ut expresse probatur in.d.l.iubemus, ubi filius rogatus, si siue filij decesserit, & sic sub conditione, id quod est contra Doct. retinet duntaxat quartam Trebellianicam, id est tres uncias, & restituit dodrantem, & sic nouem uncias. probat igitur expresse illa lex olim non potuisse nisi Trebellianicam detrahi: & sic habet locum.d.l.iubemus. & dicta Aur. res quæ, cum similibus. at post illam legem, de iure canonico expresse, de iure uero ciuili ex ratione illius legis, potest & tertia debita iure naturæ, & Trebellianica deduci. quamobrem hodie ius canonicum nullo modo a iure ciuili, saltem in ratione, discordat.

Summarium

1 *Instituo significat ordino.*
2 *Institutio duplex.*
3 *Formula antiqua instituendi hæredem sine uerbo, instituo.*
4 *Instituo uerbum, non est directum ciuile.* *Verba ciuilia, quæ.*
5 *Substituo, idem quod ordino.*
6 *Substitutio duplex.*
7 *Substitutionis diffinitio. Et communis reprobatur.num.8.*

LX DECLARATIO materiæ substitutionum.

1 INstituo, † inter alia significat ordinare, dicimus enim instituo peocuratorem, dicuntur, & institutæ actiones.l. ex hoc iure.ff.de iust.& iur.item dicimus instituo uineas.l. colonus.ff.loca.& hoc modo sumitur tit.ille de hæred. inst. idest ordinandis. Hic deriuatur institutio, id est ordinatio, & est quædam generalis appellatio. Poterit
2 itaque † diuidi institutio, ut alia sit inter uiuos, alia in ultima uoluntate. hanc ob causam in testamentis dicitur hæredis institutio, hoc est hæredis ordinario quin facit hæredem, instuit. & qui fideicommissum & legata præstari iubet, etiam instituit, hoc est ordinat, seu disponit. Item inter uiuos instituimus procuratores, uineas, aciẽ, & similia.

Sed animaduertendum est ante Imperatorem Constantinum authorem.l. quoniam in.

niam indignum.C.de testa. non potuisse te statorem quempiam facere hæredem per
3 hoc uerbum instituo, sed † uerba quibus uti opus erat, erant imperatiui modi: nomina autem recta, hoc est uel nominatiuus, uel uocatiuum(hi enim soli sunt recti casus, ut grammatici attestantur] exempli gratia Lucius Titius mihi hæres esto. uel Luti Titi mihi hæres esto, id quod per uerbum instituo, fieri minime poterat. quamobrem solitus sum dicere ante.d.l.quoniam indignum non reperiri huiusmodi hæredis ordinationem à restatore scilicet. prolatam,utputa instituo Lutium Titium hæredem,& nunc audacter confirmo,ductus eo quod non poterat tunc institui hæres,nec per uerba indicatiui modi,nec per casum obliquum, ut colligitur,ex.d.l. quoniam indignum. & ubi reperitur instituit hæredem, dicito non esse uerba testatoris, sed uerba Iureconsul.referentis testatoris dispositionem: & intellige instituit, hoc est ordinauit, non tamen per hoc uerbum instituo,ut patet in.l. si ita quis ff. de hæred. inst. ubi Iurisconsul. ait. si ita quis hæredem instituerit, deinde ponit formam uidelicet, Titius hæres esto, & cætera quæ sequuntur. Et ex istis,reprobari po
4 test Doctorum opinio, dicentium, † uerbum instituo ,esse uerbum directum ciuile, adeoque directum ut obliquari non possit. l. uerbis ciuilibus.ff.uulg.& pupill. & appellant uerbum ciuile,quasi à lege inuentum,id quod non possum non mirari, cum ut dixi, per uerbum instituo, non potuisset quispiã hæredem facere. Item absurdum est dicere,aliquod uerbum inuentum esse à lege, quippe cum leges fierent in comitijs, nec ibi Romani inueniebant uerba, sed inuentis utebantur: quamobrem audeo dicere, nullum uerbum per se esse directum uel ciuile, sed bene plura uerba in aliquam formulam à lege redacta, appellari posse ciuilia: omnia.n. antiquitas fere in formulas reduxerat, & qui cadebat à syllaba cadebat à toto, ut not. in.l.unica.C. de formu.subl. Erat enim formula stipulandi, ut per idem uerbum responderetur. uerbi gratia,promittis? promitto.spondes? spondeo.si secus fiebat,stipulatio erat nulla, id quod hodie est correctum.§.1.Inst.de uerb.oblig. Erat etiã formula instituendi hæredis, utputa Lutius Titius mihi hæres esto, de qua in.l.1.ff. de hæred. inst.Erat præterea formula substitutionis uullgaris & pupillaris, de quibus. Inst.de pupill. sub. in prin. & hæc uerba ita à iure ciuili in formulam redacta,ciuilia nominabantur.l.uerbis ciuilibus.ff. de uulg.& pupil. & ibi glos.1.in prima opinione, quæ est uera,quam legem Doctores quos uiderim, non bene intelligunt. ego autem in meis disputationibus,eam declaraui, ita ut facile intelligi possit,& infra etiam patebit.

Et ex his patet uerbum instituo,non esse uerbum ciuile directum,nec per illud poterat,olim quis facere hæredem,cum testator in ordinando hærede,uerbis imperatiui modi.& casibus rectis, uti deberet. sed post.l. quoniam indignum, huiusmodi inanis obseruatio reiecta est, & potest testamentum quibuscunque uerbis, dummodo appareat testatoris,uoluntas,constitui,ut ibi dicitur.

5 Reperitur etiam † substituo uerbum, quod idem sonat, quod sub ordino: hinc substitutio, idest subordinatio. & est generalis appellatio:substituere enim est in locum alicuius summitterre.§. sed si gregis.
6 Insti. de rer. diuis. Hæc autem † substitutio, (ut institutio) diuiditur in duas partes. una fit inter uiuos,substituimus enim procuratores & uices.§. in pecudum. Insti. de rer. diuisi. Altera fit in ultima uoluntate,& hæc uel fit in testamento uel in codicillis. Sub-
7 stitutio † est sequens testatoris institutio: hoc est ordinatio. Hæc diffinitio complectitur omnes sequentes institutiones & directas & obliquas.nam non solum uulgaris & pupillaris, est sequens testatoris institutio, sed fideicommissa, & legata, sunt etiam sequens testatoris institutio, hoc est ordinatio,institutio,enim hæredis,est caput & fundamentũ totius testamenti. Insti. de leg.§. ante hæredis institutionem, & est prima institutio,seu ordinatio, saltem ordine intellectus. arg.l. moribus.§. sed & si quis, ibi Bar.ff.de uulg.& pupil. quod autem fideicõmissa,& legata dicantur substitutiones, probat tex. in.l.generaliter.C. de insti. & sub. sub. cond. fac. Huiusmodi diffinitio est bona. constat enim ex genere & differentijs.Bar. in.l.1.ff.de testa. institutio enim,

seu

ſeu ordinatio eſt genus, competit enim inſtitutioni inter uiuos, & in ultima uoluntate factæ. Illa dictio, teſtatoris, ponitur ad diſferentiam inſtitutionis inter uiuos. illa dictio ſequens, ponitur ad differentiam præcedentis inſtitutionis. Conuertitur etiam cum ſuo diffinito, nam omnis ſequens teſtatoris inſtitutio, eſt ſubſtitutio, de qua agitur: ergo bona. Et licet aliæ tradantur a Doct. diffinitiones, hanc tamen puto ueriorem. nam quod communis, uidelicet,
8 † ſubſtitutio, eſt ſecunda inſtitutio, nō ſit bona, eo patet: quod competit alii, quam diffinito. Bar. in. l. 1. §. dolum. ff. de dolo. cōpetit enim ſubſtitutioni procuratoris. poteſt enim quis inſtituere procuratorem, & hæc erit prima inſtitutio: deinde poteſt illi alium ſubſtituere, & hæc eſt erit ſecunda inſtitutio. Item poteſt quis inſtituere, hoc eſt ordinare uites, deinde alias ſubſtituere §. in pecudum. Inſt. de rer. diuiſ. & ſic erit ſecunda uitium inſtitutio. Præterea non eſt bona, quia nō comprehendit omnes diffiniti partes. poteſt enim eſſe ſecunda, & tertia, & quarta ſubſtitutio. Inſt. de uulg. in princ. ergo non bene dicit gloſ. cum ait, eſt ſecunda inſtitutio: Nec obſtat ſi diceres quod quarta poteſt dici ſecunda reſpectu præcedentis: nam ſi ita diceres ſequeretur ut tertia eſſet prima, quod eſt abſurdum. Et ſi diceres tertia eſt prima, reſpectu quartæ, non recte dices: primus enim dicitur, quem nemo præcedit. l. proximus. ff. de uer. & ter. ſig. ſed tertiam, ſecūda & prima antecedit. Nec obeſt ſimile de ſecundis nuptijs, quod gloſ. adducit. exiſtimat enim glo. tertias & quartas nuptias ab Imperatore in rubrica de ſecund. nupt. ſecundas appellari, decipitur equidem gloſ. non enim Imperator tertias nuptias, appellat ſecunda: ſed conſtituit quid in ſecundis nuptiis obſeruandum ſit, & qua ratione, id quod ſancitum eſt in ſecundis nuptijs, eſt obſeruandum, pari ratione & in tertiis & quartis obſeruandum erit. Sed dices, ſi tertiæ & quartæ nuptiæ non appellantur ſecundæ, quamobrem Imperator ſecundarum tantum nuptiarum, & non aliarum mentionem fecit? reſpondeo id ideo factum eſſe, quia frequenter mulier ſecundo nubit, raro autem tertio, & quarto, & lex potius debet aptari ad ea quæ frequenter eueniunt. l. nam ad ea. ff. de legi. & ſenatus conſul. Item lex. id ſumit quod plurimum ſit. 5. Ethic.

Sunt qui aliter diffiniant. aiunt enim, ſubſtitutio eſt ſecunda uel ulterior inſtitutio. hæc licet ob illud uerbum, & ulterior, tertias, & quartas, & ulteriores ſubſtitutiones complectatur, non eſt tamen admittenda, & eſt perinde ac ſi quis uelit hominem diffinire, & dicat eſt corpus animatum ſenſibile: huiuſmodi enim diffinitio competeret tam homini, quam beſtiæ. Ita in propoſito, titulus de uulg. & pupill. tractat de ſubſtitutione, quæ fit in ultima uoluntate, & diffinitio, materiæ de qua agitur, conſentanea eſſe debet. Sed illa diffinitio ſupra ſcripta, competit & ſubſtitutioni quæ fit in ultima uoluntate, & ei quæ fit inter uiuos. nām poteſt eſſe, & ſecunda & ulterior procuratoris inſtitutio. poteſt enim quis plures procuratores inſtituere, pluresque uites ſeriatim in unius locum ſubſtituere. peccat igitur in hoc, quod non ſolum competit diffinitioni, de qua in titulo noſtro tractatur ſed alii inter uiuos, recipienda igitur non eſt. diffinitio enim debet ea, eſſe quam ſubiecta materia requirit. argu. l. ſi uno. ff. loc. res enim perinde explicanda eſt, ac ſubiecta materia poſtulat. 1. Ethic.

Summarium

1 *Subſtitutio alia Directa, alia obliqua.*
2 *Subſtitutio directa, cur dicatur. Et eius diffinitio.*
3 *Idem de obliqua.*
4 *Subſtitutio obliqua duplex.*
5 *Subſtitutionum Practica.*
6 *Facultates grauati non continentur fideicommiſſo.*
7 *ſubſtitutio obliqua, an proprie ſit ſubſtitutio. & quod ſic.*

LXI. DECLARATIO quare ſubſtitutio dicatur directa & obliqua.

1 Huiuſmodi autem † ſubſtitutio, ut genus ſubalternum. ſubdiuiditur in
2 directam & obliquam. Et † directa dicitur

dicitur eo quod ante.l. quoniam indignum. C.de testa.necessario facienda erat institutio,uerbo indicatiuo, & nomine recto:hoc est uerbum debebat esse imperatiui modi,& is qui instituebatur, uel nominatiuo, uel uocatiuo casu appellandus erat,ut puta,Titius seu Titi[ecce nomen hæredis in casu recto] hæres esto: [ecce uerbum indicatiui modi] & non poterat quis institui uerbis inflexis, hoc est non poterat testator dicere instituo Titium, seu uolo Titiũ mihi esse hæredem. Dicitur itaque substitutio directa, seu melius recta, eo quia fiebat uerbis rectis. d.l. quoniam indignum. Effectus erat quod qui erat ita institutus, poterat manu propria capere, ab effectu igitur Doctores dicunt appellari directam, sed melius est ut directa appelletur,à rectis uerbis quibus conficiebatur quam ab effectu, quemadmodum compendiosa & breuiloqua. Itaque directa ita diffiniri potest. substitutio directa est sequẽs testatoris institutio seu ordinatio in locum dificientis hæredis: Et hæc si bene consideretur,est bona, constat.n.ex genere & differentijs,substitutio.n.directa est diffinitum. illa dictio institutio,est loco generis, uerbũ sequens,ponitur ad differentiam præcedentis.dictio testatoris, ad differentiã substitutionis inter uiuos, illa uerba in locum deficientis,ponuntur ad differentiam sequentis institutionis,quæ fit in secundo & tertio testamento,quæ fieri potest etiam in locũ non deficientis. illa dictio hæredis, ponitur ad differentiam institutionis sequentis, quæ fit inter uiuos, ut puta in procuratore, & in uitibus quæ non fiunt in locũ hæredis deficiẽtis.Hæres autem tunc dicitur deficere, quãdo non uult, uel non põt esse hæres,uel quãdo deficit,hoc est moritur in pupillari ætate.Hæc etiã cõuertitur cũ suo diffinito,omnis.n. sequẽs testatoris institutio in locũ deficiẽtis hæredis,est directa substitutio: ergo bona,secundũ Bar.in.l.1.§.dolũ.ff.de dolo.

3 Obliqua † uero substitutio dicitur,eo quod obliquo casu fiebat, & uerbis indicatiui modi,non autem imperatiui, ut puta rogo, uolo, mando, iubeo &c. ut hæres meus restituat Titio hæreditatem, uel rogo ut faciat Titium hæredem, & quia testator obliquo casu utebatur,ideo dicitur obliqua, non autem ob id quod capiebat manu hæredis (ut aiunt Doct.) nam quod substitutus obliquo casu,aliena manu capiat, est effectus obliquæ substitutionis, & magis à casu obliquo dicenda est obliqua, quam ab effectu,quem admodum compẽdiosa & breuiloqua. Obliqua ita diffiniatur.substitutio obliqua est sequens testatoris institutio seu ordinario, ab hærede obseruanda seu præstanda,& hæc est bona, illa uerba præstanda, ponuntur ad differentiam directæ, quia fideicommissa & legata ab hærede præstantur. Inst. de leg. in prin.&.l.cohæredi.§. cum filiæ.ff. de uulg.& pupil.hæres uero directus capit propria manu.uide Bar.in.l.centurio.ff eod.

4 Iterum † obliquam substitutionem,tanquam genus subalternum, diuide in particularem,& uniuersalem.Particularis est fideicommissum particulare, ut rogo restituas Titio fundum. Obliqua uniuersalis est fideicommissum uniuersale,ut puta,rogo, ut restituas Titio meam hæreditatem, seu partem. pars enim hæreditatis dicitur uniuersale fideicommissum,propterea quod trahit secum actiones actiuas, & passiuas, scilicet utiles.§.restituta. Insti.de fideicommis.hæred. Et nota fideicommissarium seu oblique substitutum, non posse quicquam petere à grauato, seu eius hærede, nisi adita grauantis hæreditate, sed si grauatus,uel eius hæres, nolit adire,potest cogi ex senatus consulto olim Pegasiano, hodie Trebelliano adire hæreditatẽ,qui si ita coactus adit non poterit quartam retinere.§.sed quia Insti. de fideicõ.hæred.& omnes actiones actiuæ & passiuæ transeunt in fideicommissariũ scilicet utiles, si uero sponte adeat grauatus uel eius hæres,à fideicommissario restituere hæreditatem,detracta Trebellianica, & etiam legitima, cogi potest, si grauatus erat filius sub conditione. d.l. cohæredi.§. cum filiæ.uers. quod si hæredem, & ibi Doct. præsertim Ias.& tot titu.Insti. de fideicom. hæred. Et nota, proprias facultates filij, seu alterius grauati,non contineri fideicommisso.d.§.cum filiæ.

5 Reducas nũc † substitutionẽ hãc,ad practicam: & sit talis species. Franciscus habẽs in bonis quadringentos aureos, habensq; tres filios,duasq; filias,utputa Flogiũ,& Daphnicum

nicum,& Crisippum mascillos,fœminas uero Heretinam scilicet,& Carmetam, omnesque hæredis instituit,substituitque ita dicens, si quis ex liberis meis morietur sine filijs,moriatur alijs. Moritur Franciscus pater, deinceps Flogius relictis duobus filiis, uidelicet Ascalione,& Achate,deinde mortua est Heretina, superstitibus ex ea duobus filijs masculis, & una fœmina.s. Antiocho,Seuero,& Germussa: & sic tam in persona Flogii,quam in persona Heretinæ extincta est substitutio, cum conditio à testatore apposita (uidelicet, si quis ex liberis sine filijs decesserit) defecerit, & deficiente conditione defecit etiam dispositio.l.necessario .ff.de peric. & commod.rei uend.& l.unica.§.sin autem sub conditione.C.de cadu.tol.Deinde mortuus est Daphnicus sine filiis,qui reliquit fratrem Crisippus,& sororem Carmetam,& nepotes scilicet Ascalionem, & Achatem ex fratre Flogio:reliquit etiam Antiochum, & Seuerum Germussam filios Heretinæ sororis: reliquit præterea matrem,nomine Porphiriam. Cum itaque Daphnicus mortuus sit sine filiis,& sic in eo extitit conditio a testatore apposita, habebit locum in eius persona testatoris dispositio. conditione.n.existente, dispositio locũ habet. d.l. necessario. & ut oculis species hæc subiiciatur,effingatur ita arbor, seriem mortuorum numerus demonstrat.

Franciscus — Porphiria uxor

Flogius — Daphnicus — Crisippus — Heretina — Carmeta

Ascalio — Achates — Antiocus — Seuerus — Germosa

Quæritur nunc de successione Fràcisci patris?& proculdubio dicendum est eius hæreditaté spectare ad filios, filiasq; cum eos instituerit.idẽ esset,si mortuus esset intestatus: prima.n.causa esset liberorũ.§.intestatorum insti.de hære.quæ ab intest.defe.&.§.sed sui quidem.de hær. qual.& diffe.& aut.in successione.C.de suis & legi hære.Quæritur ẽt de successione Flogij?Respõ.admittendos esse eius filios, cũ defecerit in eius persona conditio susceptis filijs.Idẽ dicendũ est de hæreditate Heretinæ.pertinẽt.n.ad eius filios. Postremo quæritur de hæreditate Daphnici,in quo proculdubio extitit conditio, cum mortuus sit sine filijs. Et quia substitutio superius facta a patre, fuit reciproca mixta cũ cõpendiosa facta per uerbum moriatur, quod est cõe,in qua continetur uulgaris, pupillaris,& fideicõmissaria,ut nor. doct. in.l. precibus. C.de impub.l. Lucius.ff.eod. nunc uidẽdum est quæ nã earum locum habebit? si.n.d.Daphnicus non adiuit hæreditatẽ, habebit locũ uulgaris,per quã succeditur Francisco patri.Insti.de uulg.in prin. quamobrẽ per eam succedent Crisippus, & Carmeta, qui soli supersunt ex substitutis: filii autem Flogii & Heretinæ non uocabuntur, propterea quod substitutio non transit ad hæredes l.si ex pluribus.ff.de suis & legi.hær. si uero Daphnicus patri hæres fuit,extincta est uulgaris.l.post aditã.C.de impub.& al.sub. Itẽ si.d. Daphnicus adita hæreditate mortuus fuerit in pupillari ætate, uendicabit sibi locum pupillaris contenta in compendiosa, per quam ipsi Daphnico pupillo, & in omnia ipsius bona undecunque ad eum profecta, succedetur.Insti.de pupil. in prin. &.l. sed si plures.§. ad substitutos.ff. de uulg. & pupil.per quam pupillarem substitutionem uocabuntur iidem, scilicet Crisippus atque Carmeta. filii uero fratris, sororisque mortuæ minime, ut dictum est in uulgari. At si Daphnicus mortuus est pubes iam factus, pupillaris finita est.l. in pupillari. ff.de uul-

ff.de uulg.& pupil.& solum locum habet fideicommissaria in dicta compendiosa substitutione contenta: de ea itaque tractandum nunc est. & quoniam ut dixi, est obliqua substitutio, nec possunt substituti, per eam, manu propria capere hæreditatem, iccirco necessarium est, ut substituti, qui & fideicommissarii dicūtur, uidelicet Crisippus & Carmeta, inueniant hæredes dicti Daphnici, siue testamentarios si testamentum fecit, seu legitimos si mortuus est ab intestato: Qui legitimi sunt Crisippus & Carmeta tres item filii Heretinæ, ac etiam duo filij Flogij: omnes enim succedunt ei ab intestato. Auten. cessante. C. de leg. hæred. Veruntamen, cum Crisippus & Carmeta sint fideicommissarij & legitimi hæredes, ita diuidenda est Daphnici hæreditas: ut primū separentur bona, quæ is habuit à patre, a

6 bonis quæ aliunde fortasse habuit† propriæ enim ipsius grauati facultates fideicommisso non continentur. d. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupill. deinde, de bonis paternis detrahatur legitima, in qua non potuit filius grauari, imo statim ipso iure ab illis bonis legitima separatur. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testa. quæ erit tertia pars, uel dimidia eius portionis, quam habuit grauatus a testatore. Aut. nouissima C. de inoffi. testa. deinceps detrahenda est quarta Trebellianica. d. §. cum filiæ &. §. sed quia. tot. tit. Insti. de fideicomm. hæred. Diuidantur itaque legirima & Trebelliani ca una cū aliis bonis dicti Daphnici, si quæ fortasse habet præter ea quæ habuit à patre, inter eius legitimos hæredes, prout ab intestato uocantur, & fiant in specie proposita, quinque partes. una dabitur Crisippo, altera Carmetæ, uti legitimis hæredibus in hac portione tertia pars filii Flogii, qui in locum patris succedunt. quarta item pars filijs Hæretine. Aut. cessante. C. de legi. hæred. quinta matri. Aut. ut fratrum filij. §. hoc itaque. Aut. defuncto. C. ad senatuscon sul. Tertull. Reliquum uero restituatur Crisippo, atque Carmetæ, tanquam fideicommissarijs. & sic ut uides, bis uocantur Crisippus & Carmeta, semel ut legitimi hæredes una cum aliis, iterum ut fideicommissarii. & hæc sufficiant de obliqua, seu fideicommissaria substitutione.

7 Sed sunt nonnulli, qui dicunt † fideicommissariam non esse proprie substitutionem, quo aiunt constare ex rubrica de insti. & sub. resti. C. ubi restitutio est quid diuersum à substitutione id quod ostendit illa dictio, & quæ inter diuersa poni solet, ut in rubrica de iur. & fact. ign. Adducunt etiam tex. in. l. generaliter in prin. ibi non esse locus substitutioni, uel restitutioni. C. de inst. & sub. & rest. Sed isti maximopere aberrant, id quod facile ostendetur, sed prius monstrandum est, ibi, esse substitutionem: id quod apertissime ostendit tex. in. d. generaliter. § cum autem. ubi ex Papiniani sententia, dicitur substitutionem euanescere, si is qui substitutionem prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit. uides igitur fideicommissariam ab Imperatore ibi appellari substitutionem. Et si diceres, licet dicat substitutionem euanescere, tamen non loquitur de fideicommissaria, potest enim loqui de uulga. seu pupil? Ad hoc respondetur, quod ille tex. necessario de fideicommissaria intelligendus est, id quod ostendunt illa uerba, si is qui substitutione prægrauatus est: in pupillari enim filius non grauatur, est enim testamentum & honor ipsius filii. §. igitur. Inst. de pupil. sub. præterea non potest in ea ætate filios habere: Itē nec in exemplari dicitur grauatus: ea enim substitutio est testamentum ipsius mente capti. Item in uulgari filius non dicitur grauatus, quia habet locum, si hæres non erit, & nulla lex substitutum uulgarē appellat grauatum. si igitur non loquitur nec de pupillari, nec de exemplari, nec de uulgari, restat ut de fideicommissaria loquatur: per quam proprie dicitur quis grauari. probat igitur manifestissimè ille tex. fideicommissariam esse substiturionem. & si est substitutio, aut directa aut obliqua, hæ enim sunt duæ partes substitutionis in genere. directa non est, per directam enim quis propria manu capit. Bar. in. l. cēturio in penult. col. ff. de uulg. & pupil. erit igitur obliqua, per quam ab alio restituente, substitutus accipit. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. Non obstat quod in dicta rubrica, & in. d. l. generaliter, ponatur substitutio & restitutio: nam

tio: nam duo extrema in hoc consideranda sunt, unum est, is qui substituitur: & huius respectu, illa testatoris dispositio appellatur substitutio, alterum est is, à quo fideicommissum restituendum est, & huius respectu eadem testatoris dispositio uocatur restitutio. Hanc ob causam Imperator in d. rubrica, & in d. l. generaliter, meritò utriusque mentionem facit, in directa testatoris dispositione nõ fit mentio, nisi unius extremi hoc est eius qui substituitur: alterum extremum prætermittitur, eo quod is cui fit substitutio non dicitur restituere, is enim qui substituitur, manu propria capit, ut dictum est.

Non est igitur dubitandum substitutionem obliquam, esse speciem substitutionis in genere, si enim directa substitutio, sine controuersia est una species, necessario sequitur, ut obliqua sit altera species. nam substitutio uti genus, ad minus debet duas species continere. quemadmodum enim substitutio ut genus, & illa dictio directa, uti differentia specifica, constituunt unam speciem quæ substitutio directa appellatur: ita substitutio uti genus, & dictio obliqua, uti differentia, constituunt alteram speciem, quæ obliqua uocatur substitutio, genus enim & differentia constituunt speciem, animal enim & rationale constituunt speciem, qui dicitur firmo. Sed dices fortasse, nemo est qui dicat obliquam substitutionem, non esse speciem substitutionis, sed scribentes aiunt, non esse proprie substitutionem: sed qui hoc dicunt, cum Dialecticis litem suam faciunt illi enim aiunt, genus cuilibet speciei proprie inesse. hoc idem dicit glos. in. l. si quid eatum. §. inter emptum. ff. de leg. 3. ita enim proprie asinus est animal, sicut & homo. & in proposito, ita substitutio uti genus proprie inest substitutioni obliquæ, uti speciei & consequenter ita obliqua substitutio est proprie substitutio, quemadmodum & directa, non enim genus minus proprie uni speciei quam alteri inest, cum æque de ambabus dicatur, conuentio enim uti genus æquè proprie unicuique contractui inesse dicitur. l. 1. §. adeo. ff. de pact.

Summarium

1 *Substitutio directa diuiditur in quinque species.*
2 *Vulgaris inuenta post pupillarem.*
3 *Sed cur uulgaris præposita.*
4 *Vulgaris, quare dicatur.*
5 *Caduca tripliciter fiebant.*
6 *Vulgaris duplex.*
7 *Vulgaris expressa quomodo est in compendiosa, & num. 9.*
8 *Totum, & pars, tripliciter accipi: & quando ualet argumentum, de uno ad aliud.*
10 *Vulgaris tripliciter expressa dici potest. Idem & tacita nu. 11.*

LXII. DECLARATIO uulgaris substitutionis.

Redeundum est nunc ad aliam substitutionis speciem, quæ directa substi-
1 tutio nuncupatur. hæc † enim tanquam genus subalternum diuiditur in quinque partes, hoc est in uulgarem, pupillarem exemplarẽ, breuiloquam, & compẽdiosam.

Sed antequam de his tractemus, prius uidendum est, utra duarum inuenta prius fuerit, uulgaris ne, an pupillaris? si ad titulos respexeris, sine dubio, dices uulgarem prius inuentam fuisse, cum illi inscripti sint, de uulgari, & pupillari: Attamen diligentius
2 consideranti, facile apparebit † pupillarem fuisse prius inuentam, fuit enim à Lacedemonijs instituta, ut not. glos. & Bar. in. l. moribus. ff. de uulg. & pupil. a quibus Romani eã acceperunt: si quidem decem illas tabulas partim à Lacedæmonijs, partim ab Atheniẽsibus habuerunt. l. 2. ff. de orig. iur. at uulgaris longo post tempore introducta fuit, tempore uidelicet bellorum ciuilium, ut aperte colligitur in. l. unica. C. de cadu. tolle. de qua mox dicetur. Suboritur, & alia quæstiuncula, hæc scilicet, † si prius inuenta est pu-
3 pillaris, quamobrem à Iureconsultis, præposita est uulgaris, cum inscribatur titulus de uulg. & pupil? Ad hoc respon. eos, qui huiusmodi fecerunt inscriptionem (uix equidem crediderim fuisse Iureconsultos) esse ordinẽ naturæ secutos: natura enim prius est non ens, quam ens, seu prius priuatio, quam habitus, prius enim fuit non esse mundi, quam esse, & in ligno prius est priuatio ignis quã actus, idest forma ipsius ignis. Ita & in proposito, si ordinem naturæ, & non inuentio

nem considerabis, præponenda fuit uulgaris pupillari: uulgaris enim præsupponit nō ens. seu priuationem: eius formula hæc est si Titius hæres non erit, Seius hæres esto. Insti. de uulg. in prin. At pupillaris præsupponit ens, seu esse, seu habitum: cum eius formula ita sonet, si filius hæres erit, & prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, Seius hæres erit. Insti. de pupil. in prin. meritò itaque considerato ordine naturæ, & non inuentionis tempore, præponenda fuit uulgaris, licet postea fuerit inuenta, sicut homo sexto die plasmatus, præponitur alijs creatis omnibus quinque prioribus diebus. Gene c. 1. nam & si tempore fuerit homo ultimus omnium rerum plasmatus, cū natura homo, sit cæteris nobilior, omnibus alijs rebus anteponendus est. l. sancimus. C. de sacr. san. eccl.

4 Quærunt deinceps † quare appellata sit uulgaris. Doctores communiter in. l. 1. de uulg. & pupil. sub. dicunt, appellatam esse uulgarem, eo quod à quolibet & cuilibet fieri potest: id quod uix possum admittere, non enim potest fieri à furiosis, a deportatis ab impuberibus, & a multis alijs, addent ipsi idoneo: sed si hoc addas, etiam pupillaris posset appellari uulgaris, cum & ipsa possit a quolibet, & cuilibet idoneo effici. Tu uero aliter dicas. sed prius sciendum est, olim tempore bellorum ciuilium, cum esset ærarium exhaustum, fuisse latam legem quandam Papiam, qua introductum fuit, ut nec legatorum, nec fideicommissorum antequam testamenti tabulæ aperirentur, dies cederet, nec hæreditas adiri poterat, nisi essent liberi instituti, idcirco plerunque & legata, & fideicommissa, quin etiam,

5 hæreditates caduca efficiebantur, † caducū autem triplici modo fiebat. primo si relinquebatur ei, qui tunc non erat in rerum natura, & dicebatur pro non scripto, & hoc fisco minime applicabatur, sed apud eos, à quibus fuerat relictum remanebat. Secundo, si is qui aliquid ex testamento erat habiturus, uiuo testatore, fuisset mortuus, uel ipsum relictum expirabat, conditione forte deficiente, sub qua relictum erat, & hoc appellabant in causa caduci, id quod fisco applicabatur. Tertio si mortuo iam testatore, id quod iam relictum erat, aliquo modo deficiebat, quod aperta uoce caducum nuncupabatur & fisco applicabatur. hæc hodie sunt correcta. l. unica. C. de cadu. tollen. unde testatores uidentes bona sua ad fiscum deferri, ægre ferebant huiusmodi caducorum obseruationem, quamobrem introduxerunt substitutiones, ne fierent caduca & si facta essent, ad certas personas ab eis substitutas deuenirent. d. l. 1. §. 1. Patet igitur testatores inuenisse substitutiones: non pupillarem, quæ multo ante à Lacedæmonijs fuerat introducta, & fit pupillo? inuenerunt igitur eam per quam succeditur testatori, quam deinde iureconsulti appellarunt uulgarem, propterea quod à uulgo testantibus fuit inuenta. res enim plerunque ab inuentore nomen accipiunt, ut Trebellianica, à Trebelleio, & lex Aquilia, ab Aquilio. Habes, itaque quamob rem dicta sit uulgaris? dicta est enim à uulgo, id est à populo in-

6 uentore. Vlterius quæritur, in † quot partes diuidatur uulgaris? Resp. in duas principales, in expressam scilicet, & tacitam.

Expressa duplex, alia enim est expressa in genere, ut aiunt Doct. ueluti ea quæ in breuiloqua, seu reciproca, uel compendiosa continetur secundum Doctores: & ideo compendiosam appellant genus, quod mihi nequaquam placet, si enim esset genus, necessario suas haberet species, & uulgaris & pupillaris essent species compendiosæ, quod est falsum. non enim uulgaris est species compendiosæ, propterea quod non sequitur, est uulgaris, ergo compendiosa? se queretur profecto si esset species, ueluti cum dicimus est homo, ergo animal. Nec etiam ualet, non est compendiosa, ergo non est uulgaris, quod si compendiosa esset genus, utique ualeret enim non est animal, ergo

7 non est homo. Vulgaris † itaque est in compendiosa, sicut contentum in continenti: sicut in simili plures homines cantatores dicuntur contineri, sub hoc nomine choro. est enim chorus nomen quoddam collectiuum, & continet sub se plures homines cantatores fortasse. l. si chorus. ff. de leg. 3. qui ergo legat chorum, licet singulos in ea contentos non expresserit, tamen perinde est, ac si singulos legasset, sic dicuntur sub contento expressi.

expressi. Ita in proposito, compendiosa est quoddam totum collectiuum, continens sub se plura tempora, & plures substitutiones, ut suo loco dicetur. Vulgaris ergo in ea continetur, non tanquam species sub genere, sed tanquam contentum sub continenti, qui ergo facit compendiosam, licet non exprimat singulas substitutiones in ea contentas, tamen perinde est ac si singulas expressisset. arg. d. l. ehorus. Vulgaris itaque dicatur expressa in genere, non eo genere, quod de pluribus differentibus specie prædicatur, sed in quoddam toto, quod Doct. large appellant genus. Bar. in. l. non uidetur. C. de integ. rest. dicit totum, sumi tanquam genus, & partem totius, tanquam speciem.
8 Vnde Est animaduertendum, † totum posse trifariam dici, itidem & partem. Est enim totum quoddam generale, cuius partes dicuntur subiectiuæ. Bar. in. l. re coniuncti in 2. col. ff. de leg. 3. & in hoc argumēto a toto ad partes ualet negatiue, non autem affirmatiue: sequitur enim non est animal, ergo non est homo, sed si dicas, est ibi animal ergo homo, non ualet. E contrario à parte ad totum, idest à specie ad genus, ualet affirmatiue, non autem negatiue: ueluti est homo, ergo animal recte dicimus, at si quis dicat non est homo, ergo non est animal, decipitur. Est aliud quod dicitur totum integrale, & eius partes itidem integrantes: puta domus est totum, paries, tectum, solum, sunt partes. l. cum qui ædes. ff. de usucapio. item emptio, seu uenditio, est quoddam totum integratum, pretium & consensus sunt eius partes integrantes: & in hoc à toto ad partes ualet affirmatiue, non autem negatiue: ualet enim est domus, ergo paries, tectum & solum. at si quispiam dicat non est domus, ergo non est paries, errabit, potest enim esse paries sine domo. A parte uero ad totum negatiue, non autem affirmatiue ualet. sequitur enim non est paries, ergo non est domus. est paries, ergo domus, non ualet. Est quoddam aliud totum quotitatiuum, ut aiunt. & eius partes quotitatiuæ, ut tabula, & eius partes, utputa dimidia, tertia, quarta: & in hoc ualet argumentum a toto ad partes, tam affirmatiue quam negatiue, ualet enim non est tabula, ergo nec dimidia, nec eius tertia pars est. Item affirmatiue, est tota tabula, ergo dimidia, & tertia pars tàbulæ est. A parte ad totum eodem modo ualet, sunt enim homogenea, id est eiusdem nominis, totum & pars. ualet ergo est tertia pars tabulæ, ergo tabula, non tamen tota. Est præterea aliud quoddam totum quod dici potest collectiuum, seu continens, ut superius dictum est de ehoro.

Hoc præmisso redeo ad rem, dixi unumquodque totum, large posse appellari genus, quare † uulgaris contenta in compendiosa, non ab re a doctoribus appellatur expressa in genere, idest in toto collectiue seu continenti: & hæc eadem dicitur tacita in specie, & in indiuiduo, eo quod neque in specie, neque in indiuiduo expressa est. 9
Est & alia uulgaris expressa in specie, ueluti si dicatur si Titius hæres non erit, Seius hæres esto. Insti. de uulg. in prin. hoc enim modo est expressa in specie sua. hæc eadem dicitur tacita in indiuiduo, propterea quod non est facta in indiuiduo. Est & alia expressa in indiuiduo, seu singulariter: pro quo animaduertendum est, quod huiusmodi uerba, si hæres non erit in duas diuiduntur partes, hoc est, si noluerit, uel non potuerit. Item pars illa, si noluerit, amplius non subdiuiditur, pars uero illa si non potuerit esse hæres, intelligitur uel propter mortem uel ob aliud impedimentum iuris, uel facti ubicunque ergo a testatore alteruter horum casuum, fuerit expressus, idest, si Titius noluerit esse hæres, uel non potuerit, uel si moriatur ante aditam hæreditatem, uel si non nascatur, dicitur expressa in indiuiduo, seu singulariter, uel melius in specie specialissima, secundum Dialecticos, indiuidua enim non dicuntur nisi addito pronomine demonstratiuo, hic, uel ille, uel iste. Et
10 sic † uulgaris substitutio tripliciter expressa dici potest, in genere scilicet, in specie, & in indiuiduo, seu in specie specialissima: sicut potest quis tripliciter exprimere Petrū, in genere scilicet, & in specie, & indiuiduo: in genere ueluti si quis dicat, omne animal, exprimit etiam Petrum sub ea appellatione, quippe cum Petrus sit animal: in specie, cum dicis omnis homo, tunc enim &

Petrus dicitur exprimi, cum & ipse sit homo: in indiuiduo seu singulariter, ut puta cum dicit Petrum. quemadmodum igitur homo tribus modis exprimitur, ita & uulgaris substitutio. Est & alia uulgaris partim ex pressa, partimque tacita, quo ad casum: ueluti cum quis dicit, si Titius noluerit esse hæres, Seius hæres esto. ecce quod est expressus unus casus singularibus, seu unum in diuiduum, alius uero est omissus, & tamen tacite in altero casu intelligitur facta substitutio: nam licet ille Titius uelit esse hæres, non tamen possit, habet sane locum substitutio, dicunt enim Doctores substitutionem uulgarem factam in alterutro indiuiduorũ, porrigi ad utrunque: uel ut eorum uerbis utar, substitutio facta in uno casu, porrigitur ad alium: nam si ita facta fuerit substitutio, si noluerit esse hæres, habet etiam locum, eo casu, quo non potuerit. & hæc hactenus de expressa.

11 Vulgaris † etiam tripliciter uocatur tacita, eam enim quæ est expressa in compendiosa, appellant doctores tacitam, propterea quod, neque in specie, neque indiuiduo expressa est, dicitur tamen expressa in genere, ut diximus: quamobrem eadem potest dici expressa, & tacita quo ad quid. Est & alia tacita in indiuiduo, ut puta quando dicitur, si Titius hæres non erit. hæc enim dicitur expressa in specie, tacita autem in indiuiduo eo quod neutrum indiuiduorum est expressum. idem quia non fuit dictum, si noluerit, uel non potuerit. Est alia & omnino tacita, ut ea quæ in expressa pupillari continetur, si enim pater habens filium impuberem dicat, si filius meus hæres erit, & impubes morietur, Titius hæres esto: hæc est mera pupillaris, & ut uides uulgaris à testatore minime facta est, & tamen si filius uelit paterna hæreditate abstinere, quod potest. §. sui insti. de hæred. quali & diffe. uulgaris tacita omni modo, ut aiunt, locum habebit. Ego autem huiusmodi substitutionem, sum solitus appellare uulgarem, a lege subintellectam. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. ubi dicitur cum pater filio impuberi in alterum casum substituerit, in utrumque substituisse intelligatur. lex enim facta solum pupillari a patre facit, seu subintelligit uulgarem. dicatur ergo uulgaris facta seu subintellecta à lege, & hæc est omnino tacita.

Summarium

1 *Pupillaris substitutio quo iure inuenta.*
2 *Et hodie fit ex iure scripto.*
3 *Scriptura, an sit de essentia legis.*
4 *Pupillaris, quare dicatur.*
5 *Captatorio institutio quæ.*
6 *Pupillaris, an sit duo testamenta, uel unum.*
7 *Forma testamenti, quæ sit.*
8 *Numerus testium, non est de forma, sed de essentia testamenti.*
9 *Pupillaris substitutio duplex.*
Expressa, & tacita pupillaris quæ, & earum diuisiones.
10 *Pupillaris omnino tacita matrem non excludit. Sed contrarium est uerum.*
11 *L. precibus uers. nam non est incerti. C. de impub. declaratur.*

LXIII. DECLARATIO pupillaris substitutionis.

1 NVnc summatim dicẽdũ est de pupillari. & primũ quæratur, † quo iure pupillaris sit introducta? dicito, eã initium habuisse ex iure nõ scripto, hoc est ex moribus lacedæmoniorum, apud quos boni mores memoria, & nõ scriptura cõtinebãtur Lacedæmonij igitur introduxerunt, ut quis liberis suis impuberibus testamentũ facere posset. l. moribus. ff. de uulg. & pupil. & ibi glos. in uerbo moribus. a quibus deinde decem illi uiri publica Romanorũ auctoritate, in Græciã missi, bonos, ac diuturnos mores, decẽ in ęneis tabulis præscriptos, una cũ Atheniensiũ legibus Romã detulerũt, additis postea duabus alijs tabulis, & in ijs duodecim tabulis eo tẽpore omne ius Romanorũ continebatur, quod dicebatur ius scriptũ, & ea, quæ illis tabulis scripta erãt, appellabãtur leges duodeci tabularũ. l. 2. §. exacta. ff. de orig. iur. Pupillaris itaque apud Lacedæmonios fiebat, ex iure nõ scripto apud

2 † Romanos uerò hodie fit ex iure scripto, ut ex supradictis patet. Et licet Bar. dicat in. l. moribus. ff. de uulg. & pupil. cõsuetudinẽ in scriptutam redactã non desinere esse consuetudinem, cũ scriptura nil dat consuetudini, sed dun-

sed dũtaxat eã proba.l.cum res.C.de prob. quamobrẽ secundũ eũ,substitutio pupillaris etiam hodie dicenda est, ex iure nõ scripto. tamen tu ita dicas, aut aliquid receptũ erat à populo expresso cõsensu, hoc est suffragio in comitijs,rogante magistratu,& illud appellabatur lex.l.de quibus.ff. de legi. aut aliquid recipiebatur non suffragio,sed rebus ipsis & factis, hoc est tacito consensu,qui consensu ex pluribus actibus & longo tempore colligebatur, dicebaturque consuetudo.d.l. de quibus.&.l.diuturna.&.§.nã diuturni.Insti.de iur.nat. & tunc licet postea in scripturam reducatur,tamen dicenda est consuetudo:scriptura.n. fit, ut facile aliqnis probari possit.& ita loquitur Bar.sed pupillaris substitutio nõ est a populo Romano, tacito cõsensu,longoque tẽpore introducta,illæ.n.tabulæ æneæ,in quibus præscripti erant Lacedæmoniorũ mores,& cõsequẽter pupillaris substitutio,pro rostris præpositæ fuerunt, à populoq; suffragijs approbatæ.d.§.exactis. & ita ea quæ in illis tabulis continebantur, leges appellatæ sunt.Ex ijs satis constat pupillarẽ substitutionẽ iure Romanorũ esse ex iure scripto. Ex supradictis etiam tolli po

3 test controuersia,qua dubitatur,an † scriptura sit de essentia legis?multi.n.aiunt scripturam esse de essentia legis,id quod probari affirmant.§.singulorũ.Insti.de rer.diuisibi,cũ leges scribi cæperunt.Multi uero id negant.

At tu audacter dicas,scripturam non esse de essentia legis,quod ex illius diffinitione patet.lex enim est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, ueluti consule, constituebat. quod enim à diffinitione remouetur, & à diffinito remoueri oportet, ut inquiunt philosophi id.n. quod non est in diffinitione, nec in diffinito quippe est. Diffinitio enim est oratio qnid esse rei per essentialia demonstrans.scriptura uero nõ ponitur in diffinitione legis, ergo &c. id enim quod populus Romanus rogãte magistratu in comitijs suffragio confirmat, statim subsistit,& est lex: quicquid deinde rei subsistenti accidit,est accidens,ut inquit sanctus Thomas in opusculo de pluritate formarum:Nam licet homini subsistenti, adueniat musica,seu grammatica,non tamen est sunt de essentia hominis, sed sunt formæ quædam accidentales, dicitur itaque homo musicus, uel grammaticus: si igitur scriptura consuetudini seu legi iam subsistenti addatur,non erit de substantia legis, sed erit potius quoddam accidens, seu forma accidentalis,quare postea dicetur lex scripta,sicut & homo à forma accidentali quidem, appellatur musicus. Conclude igitur,scripturam non esse de essentia,neque legis, neque consuetudinis:sed potius esse quandam accidentalem formam, quæ præter subiecti corruptionem adesse & abesse potest. Nec obstat.§. singulorum, probat enim id quod dictum est, si enim leges cæperunt scribi, ergo antequam inceptæ essent scribi, sine dubio erant, igitur subsistebant: si subsistebant, habebant substantiam & essentiam, & ita postquam habuerunt substantiam seu essentiam, cæperunt scribi,quamobrem scripturam non est forma essentialis, sed potius quædam accidentalis, ut supra scriptũ est.

4 Rursus quæritur, † quare dicatur pupillaris? Responde pupillarem substitutionem dici,eo quod fiat pupillo. nam moribus constitutum est,ut pater filio impuberi testamẽtum faciat: quod testamentum, est illa substitutio,per quam ipsi pupillo succeditur, à quo appellata est pupupillaris.Insti. eod.titu. in prin. Sed hic dubitatur, quo nam modo tale testamentum ualet, quippe cum ex alieno arbitrio pendere uideatur, & sic est captatoria.l. captatoria.ff. de hæred. insti. captatoriam enim substitutionem senatus improbauit ut ibi? Respondeo, pupillarem substitutionem non esse captatoriam,il

5 la enim † captatoria est, quæ alieno permissa est arbitrio,ut puta, si Titius uolens facere testamentum dicat, instituo eum hæredem, quem Sempronius suo arbitrio elegerit: & ita testamentnm Titij ex arbitrio Sempronij,pendet,& ob id, non ualet.l. illa institutio.ff.de hæred. insti.ratio, quia testamentnm titij per se non esset firmum, cum in eo ad huc non sit nominatus hæres, testamentum enim ex hæredis nominatione,robur capit.§. ante hæredis institutionẽ. Insti.de leg.pendet itaque ex arbitrio alieno, ut perficiatur, ius autem testamenti per se firmum esse oportet.d.l.illa institutio. In casu proposito, una pars testamenti fieret à

ret à Titio, altera a Sempronio, & sic forma testamenti diuideretur, quæ est indiuisibilis: sed testamentum pupillare per se ipsum est firmum, totum enim fit à patre lege permittente, quamobrem pendere non dicitur, non enim una pars fit a pupillo, altera uero a patre, quo casu non ualeret.d.l. illa institutio. Præterea dici potest, huiusmodi testamentum non pendere ex alieno arbitrio, cum pater & filius etiam natura ipsa, una & eadem persona esse intelligantur.l.fi C.de impub.& al. sub. & Aristo. 5. Ethic. testamentum igitur factum à patre, intelligitur factum à filio, cum uox patris, sit tanquam uox filij.§.ei uerò. Inst.de inutil.stipul. quamobrem non potest dici captatoria uoluntas.

6 Illud etiam quæri potest, an † testamentum patris & filii sit unum, uel duo? Imperator in.§.igitur. Inst.de pupill.sub. modo dicit esse unum, modo duo. Tu uero ut clare intelligas, considera in omni re composita, quatuor requiri causas: uidelicet efficientem, materialem, formalem, finalemque. Efficiens est, quæ principium motus præstat, ut aliquid fiat. Materiales est, quæ subiecta, rerum formas suscipit. Forma est cuiuslibet rei species, hæc est quæ dat esse rei.l.Iulianus.ff.ad exhibend. Finis uero id est, cuius gratia aliquid fit. exempli causa in domo facienda, efficiens est domificator: materia, calx, arena, trabes, & alia: forma est, apta partium compositio, seu unio, ut puta parietis, tecti soliq; concinna compositio: finis autem est habitatio. Ita in testamento, efficiens est ipse testator: materia est hæreditas, seu bona, de quibus ipse testator disponit: forma est solemnitas, seu ipsius testamenti compositio: finis est, ut testanti aliquis fiat hæres. Si igitur ad causam efficientem respicies, dicito unum esse testamentum patris & filii, cum una sit causa efficiens, qui est ipse testator, idest ipse pater: si uero ad formam, itidem erit unum, cum una patris & filii testamenti sit forma: at si ad materiam respiciens, duo dicenda sunt testamenta, quippe cum duæ sint hæreditates, altera patris, altera filii. si finem consideres, itidem erunt duo, cum duo sint fines, per testamentum enim patris ipsimet patri, per pupilli testamentum ipsi pupillo succeditur. habes itaque clarum.d.§.igitur. declarationem.

7 RVrsus hic obiter quæri potest, † quæ sit forma testamenti? respondeo, non esse ignorandum, id esse formã cuiusque rei, quo remoto, res ipsa prope interit. anima enim est forma hominis, qua remota, homo omnino interit.l.Iulianus.§.si quis.ff.ad exhiben. quamobrem multi dicunt numerum testium esse formã testamenti propterea quod si unus ex septẽ testibus desit, testamentum iure deficit.l.si unus.C.de testa. Sunt qui dicant, hæredis institutionem esse formam testamenti, cũ sit caput & fundamentum totius testamenti.§. ante hæredis institutionem. insti. de leg. Nonnulli aiunt, uoluntatem testatoris esse ipsam formam, cum testamentum sit iusta sententia nostræ uoluntatis.l.1.ff. de testa. Alii subscriptiones testium, uel signa testamenti formam esse uolunt. inst.de testa. Tu uero dicas, nullum horum per se esse formam ipsius testamenti, sed alia prorsus est forma: & ut facile intelligatur, scito testamentum esse totum quoddam integratum, supradicta omnia esse partes, ex quibus ipsum integratur: totum autem integrale in re composita est ueluti forma. unit enim & continet suas partes. & cuiusque rei compositæ non naturalis, forma est ipsa compositio, & ordo ipsaq; partium unio. Aristo.2.Phy. Item forma unius cuiusq; compositi, ex suis partibus constat.l. eum qui ædes.ff.de usucap. partes autem sunt uti materia. ex illis enim componitur ipsum totum, ipsæ autem partes uniuntur, & continentur sub forma totius. Totum igitur inest suis partibus, ut forma, partes uero subsunt toti, ut materia, quamobrem totũ non differt re ipsa a suis partibus simul acceptis, differt tamen ratione, quia alia est diffinitio totius, alia partium. Distinguitur etiam totum à qualibet parte separatim accepta. differt enim Titius a manu eius, eo quod Titius nõ solum includit manum, sed alias partes, quæ a manu re ipsa distinguuntur. Ita testamentum est quoddam totum integrum: institutio uero, & testes, nu

merus testium, subscriptiones, signaq; sunt partes ex quibus ipsum totum perficitur. nam unio harum partium uno contextu facta, quid aliud est quam ipsum totum, quæ est ueluti forma? nulla igitur pars per se est forma, sed illa unio, seu partium coniunctio uere est forma, quæ facit ut sit testamentũ, hoc est ipsum totum. nisi enim eæ partes simul starent, testamentum non subsisteret. & si una deesset, testamentum utique deficeret. Quemadmodum enim si non esset, paries, non esset domus, ita si non adest numerus testium, non est testamentum.d.l.si unus. Item si non esset hæredis institutio, non esset testamentum, & sic de cæteris partibus. Et quemadmodum si est domus, est paries, solum, & tectum, ita si est testamentum, adest numerus testium, hæredis institutio, signa, aliæque partes. ualet enim argumentum à toto ad partes constructiuè, destructiuè uero minime. non enim sequitur, non est domus, ergo non est paries, potuit .n. corruere tectum, stante pariete, & ita nõ erit domus, erit tamen paries. Itidem non sequitur non est testamentum, ergo non est hæredis institutio, poterunt.n. deficere testes, seu numerus testium uel fortasse non erunt rogati, & ita non erit testamentũ, & tamen potest esse hæredis institutio, tanquam una pars testamenti, sicut scriptum est de pariete. sed ipsa hæredis institutio sola, non est testamentum. Si igitur quæ-
8 ratur † an numerus testium, sit forma testamenti? respondeo minime. Rursus si quæratur, an sit de forma? rursus respondeo, minimè, partes enim totius, sunt loco materiæ, ut diximus. At si quæratur utrum numerus testium sit de essentia, siue de substãtia testamenti? respondeo essentiam, seu substantiam cuiusq; rei compositæ, consistere ex materia & forma. quamobrem numerus testium, quæ est pars totius, hoc est testamenti, cum sit ueluti materia, meritò dicitur de substantia, & essentia testamenti, non autem dicitur forma, neque de forma testamenti. Dictum est supra, numerum testium esse partem integralem testamenti, si ita esset, ubi numerus septem testium deesset, ibi non esset testamentum, quemadmodum ubi non est paries, non est domus, & tamen reperitur testamentum militare, ubi non est numerus septem testiũ, est tamen uere testamentum.l.milites.C.de testa. milit.l. Lucius.ff. eod? Dicas numerum septem testium. non esse partem integralem cuiusque testamenti, sed solum testamenti a pagano confecti, ut supra dictum est, partes uero testamenti militaris, sunt duo testes, & institutio hæredis, & ex his componitur totum integrale, quod est ipsum militis testamentum. & sola harum partium unio, seu coniunctio, constituit ipsum totum integrale, eo modo quo supra dictum est, de testamento pagani, quare patet aliud esse totum testamenti pagani, aliud totum testamenti militis, & partes unius non sunt partes alterius hæc obiter dicta sint.

9 Redeundum iã est ad † pupillarẽ, quæ in duas partes diuidatur, in expressam.s.& tacitã. Rursus expressa sub diuidatur. nã alia est expressa, hoc est facta per eius formulam, hoc modo, si filius meus hæres erit, & moriatur antequam in suam tutelam uenerit, hoc est antequam factus sit pubes, Caius Seius hæres esto, hæc sine controuersia, omnes & etiam matrem excludit.l.precibus.C.de imp.& ali. sub. sacitą; substitutum admitti. Alii est expresa, quæ sub compendiosa continetur, & hæc itidem matrem excludit. si matrem, ergo & alios.d.l.precibus. Pupillaris item tacita subdiuiditur. nam alia est tacita, hoc est non facta per eius formulam, sed uerbis quibusdam generalibus a testatore concipitur, ut ea quæ continetur in compendiosa, & hoc modo potest dici expressa & tacita, ut supra diximus de uulgari, & ibi uideto. hæc autem licet quodammodo appellerur tacita, excludit tamen matrem.d.l.precibus. Alia est omnino tacita, quæ nullo modo à testatore fit, & est ea quæ a lege, facta a testatore uulgari expressa, subintulligitur l.nam hoc iure.ff.de uulg & pupil. hanc Doctores appellant omnino tacitam, ob hanc asseruntq; matrẽ nõ excludi. ex quibus hæc
10 maxima sumi potest. † Pupillaris omnino tacita matrem non excludit. Duriuscula est hæc cõclusio, imo falsa, quoniam eadem est uirtus

uirtus taciti & expressi.l.cum quid.ff.si cer. peta. Nulla præterea lex huic conclusioni est adimento,nisi.d.l.precibus. ut ipsi existimant, lex autem precibus ex eorum sententia ita probat. dicit enim ibi Imperator, si filius primo casu habuit substitutum, hoc est si pater uulgariter filio substituit, quo facto sub ea uulgari tacita pupillaris continetur.l.nam hoc iure.ff de uulg.& pupill. si filius patri hæres extitit, & sic expirauit uulgaris.l.post aditam.C. de impub. & al. sub. filio deinde defuncto, non est incerti iuris, inquit Imperator, o mater quin ad te omni modo eius pertineat successio. & ita satis constat, inquiunt ipsi, huiusmodi pupillarē non excludere matrem: si enim excluderet, non pertineret ad eam filii successio, sed ad substitutum, hæc ex sententia Doc. Nunc uidendum est,an.d.l.probet communem opinionem. si enim non probatur, ut & ipsimet fatentur. sunt qui tentant illam legem euitare,dicentes, ibi non contineri tacitam pupillarem propter dictionem tantum: sed hoc a quibusdam bene refutatur, dicunt enim dictionem illam taxatiuam,nō fuisse a testatore expressam, sed ab Imperatore appositam, ad differentiam.secundi casus. dicit enim, primo casu tantum habuit substitutum. postea inquit, si in secundum casum, &c. Alij dicunt pupillum decessisse puberem,& ita pubertate, finita est pupillaris.l.in pupillari.ff.de uulg.& pupil. sed hoc nihil ualet, non enim sequitur mortuus est ergo pubes.l.neque natales. C.de proba.

11 Quamobrem uidendum est,si aliter† lex illa intelligi possit. & sciendum est pupillarem,de qua agitur nullo modo concipi à testatore,sed intelligentia curaq; legis inesse facta enim a testatore uulgari, pupillaris a lege subintelligitur.l. nam hoc iure. ff.de uulg.& pupil. ibi in utrumque casum substituisse intelligatur, cura igitur & diligentia legis,est causa efficiens pupillaris subintellectæ,non autem testator. Hoc præposito hæc colligatur conclusio, ubi diligentia,& cura legis non operatur, ibi non est pupillaris tacita. cessante enim causa efficiente in fieri cessat effectus, ut puta cessante ædificante, cessat ædificatio,sed causa efficiens huiusmodi substitutionis tacitę seu subintellectæ, est legis diligentia.d.l.nam hoc iure ut dictum est.

Item non est ignorandum in testamento militis, nihil a diligentia & cura legis introduci,nihilque intelligi, sed nuda militis uoluntas in eo seruatur.l.1.ff.de milit. testa. id quod confirmatur, eo quod ius accrescendi est quædam tacita substitutio.l. si Titio & Seio.§.Iulianus. & Ias. in.l.nec is.§. hæres.ff.de acquir.hæred.nu.21. quod quidem a lege ideo indnctum est, ne quis testatus & intestatus decedat.l.unica.C. de cad toll. §.in ijs. cum igitur a prouisione legis ius accrescendi inducatur, merito in testamento militis ei locus non est.l.si duobus. de mi lit.testa.ff. Præterea miles, potest directo substituere alicui, postquam hæres extiterit.l.miles etiam.C.de mil.testa.hæc autem substitutio appellatur directa militaris. Sed si miles instituta filia, & eius fratre, eos inuicem substituerit post aditam hæreditatē, ea directa militaris non habet locum, nisi expresse id miles ita senserit.l.in testamento.C.de mil.testa. si igitur miles non senserit,diligentia,curaque legis eam non inducit, nec subintelligit. ex his, hæc firmetur conclusio, uidelicet. In testamento militis, diligentia, curaque legis nihil inducit, nihilque subintelligit. ducatur itaque argumentum hoc modo. Vbi diligentia, & cura legis non operatur, ibi non est tacita pupillaris: hæc enim a diligentia legis inducitur.d.l.nam hoc iure.ff.de uulga.& pup. sed in testamento militis, cura & diligentia legis non operatur.d.l.1.de mili.testa.in testamento igitur militis non est pupillaris tacita. at in.l. precibus. testamentum fuit factum à milite, ut in ea patet, igitur pupillaris,ea non continetur,& ob id matrem non excludit. si enim non continetur, quo pacto potest excludere? Ex his constat d.l.precibus non obstare quominus conclusio ista non sit uera, uidelicet pupillaris a lege intellecta, excludit etiam matrem non tamen cohæredem. Non obstat id quod dicit Ias. dum ait, si in.l.precibus, non continetur pupillaris sub uulgari, Imperator non enumerasset omnes substitutiones, & tamen Imperator ibi respondens mulieri, uult omnes substitutiones exprimere, ne scilicet

ſcilicet mulier ambigeret, quid iuris eſſet in ſubſtitutione ab Imperatore non enumerata: Ad hæc dicito, Imperatorem enumeraſſe omnes ſubſtitutiones, quæ poterant teſtamento militis contineri, ſed pupillaris omnino tacita in teſtamento militis non continetur, ut ſupra ſcriptum eſt. merito nulla eius mentio ab Imperatore facta eſt. Concludo igitur pupillarem omnino tacitam ſeu ſubintellectam excludere matrem. Et ex ſupradictis, collige has concluſiones. Pupillaris tacita introducitur à cura & diligentia legis. In teſtamento militis cura & diligentia legis nihil inducit. In.l.precibus non cõtinetur pupillaris omnino tacita, in uerſ. non eſt incerti iuris. Item pupillaris etiam omnino tacita, excludit matrem, non tamen cohæredem.

Summarium

1 *Subſtitutionis compendioſa diffinitio.*
Diffinitio bona quomodo fit.
2 *Compendioſa quot ſubſtitutiones, & tempora contineat.*
3 *Et an ſit ſpecies per ſe. & quod ſic.*
Et eſt totum collectiuum. nu. 4.
5 *Compendioſa facta filio impuberi per uerbum directum an contineat fideicommiſſariam? & quod ſic. & nu. 17.*
6 *Verbum hæres, eſt commune.*
7 *L. uerbis ciuilibus. ff eod. Intellectus.*
8 *§. ſi ſeruus alienus. l. ſi ſeruus. ff. de lega. 1. declaratur.*
9 *Compendioſa facta filio per uerbum commune, an contineat fideicommiſſariam? & quod ſic. & num. 16.*
10 *Et tale fideicommiſſum, an a filio, uel eius hærede cenſeatur relictum.*
11 *Fideicommiſſum uti genus, diuiditur in uulgare, & pupillare: & quid ſint.*
12 *Compendioſa facta filio per uerba obliqua, quomodo interpretetur & nu. 15.*
13 *Verba directa, obliqua, & communia, quæ.*
14 *Nullum uerbum appellari directum, nec ciuile per ſe.*
Verba ciuilia, quæ.
18 *Fideicommiſſum mille ducatorum relictum a filia in eis inſtituta ſi deceſſerit ſine filijs, an ualeat quando legitimam non excedit.*
19 *Pupillaris facta puberi, an ualeat ſaltem iure fideicommiſſi.*
20 *Scæuola ff ad trebell. declaratur.*

LXIIII. DECLARATIO compendioſæ.

Iam de compendioſa dicendum eſt. quæ-
1 ritur itaque † quid ſit ſubſtitutio compendioſa? Reſpondent doctores compendioſam eſſe ſubſtitutionem, quæ ſub conditione mortis, uel alia continer plures ſubſtitutiones, pluraque tempora. Videndum eſt an ſit bona huiuſmodi diffinitio: illa enim eſt bona, quæ ex genere, & differentijs conſtat. Et ut bene quid diffinias, ex ueterum præceptis ita facito, ſumas aliquid quod ſit ei, rei, quã diffinire uoles cum alijs commune, & eo uſque proſequare, dum id quod commune erat proprium efficiatur, quodque nulllam in aliã rem transferri poſſit, ut hoc modo: homo eſt animal, animal eſt commune homini cum alijs, ad huc igitur eſt commune, multa enim ſunt genera animalium, adde rationale, & non dum erit diffinitio, quia hoc commune eſt homini cum angelis, adde unum uerbum mortale, iam à communione illud animal diſiunctum uidetur, factumque proprium. erit itaque explicata diffinitio hæc, homo eſt animal rationale mortale. Videamus an compendioſa recte diffinita ſit: compendioſa eſt id quod diffinitur, ſubſtitutio uero, eſt illud commune, eſt enim commune compendioſæ, cum alijs ſubſtitutionibus, & ſic eſt genus. Dicitur deinceps, quæ ſub conditione: ut differat à fideicommiſſaria, quæ poteſt fieri pure. §. in primis. Inſti. de fideicom hær. additur uerbum mortis: ut differat à uulgari, quæ fit ſub conditione, nulla facta mortis mentione, ut puta, ſi filius hæres non erit. l. 1. ff de uulg. & pupil. Sequitur deinde, continet plures ſubſtitutiones: ut differat à pupillari, quæ fit ſub conditione mortis, ut inſti. in prin. de pupill. non ramen plures ſubſtitutiones, & plura tempora cõtinet, licet enim pupillaris expreſſa contineat unam ſcilicet uulgarem, ut aiũt. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. differt tamen à compendioſa, quæ continet plures ſubſtitutiones ut dictum eſt. Vel dicas pupillarem expreſſam non conti-

nere uulgarem, imo illa uulgaris subintelligitur à lege, & est æque princeps. & ita est explicata diffinitio compendiosæ, & hoc modo bene fit diffinitio, ut ait Cicero in Topicis. Dum dicitur in diffinitione uel alia: ostenditur compendiosam sub alia conditione quam mortis fieri posse: ueluti, instituo filium meum puberem hæredem, & quandocunque factus fuerit consul, substituo Titium continet enim uulgarem, & fideicommissariā: continet etiam plura tempora, hoc est tempus uulgaris, & tempus fideicommissariæ, utraque enim illarum habet suum tempus, ut infra demonstrabitur. Si igitur filius hæres non erit, & consul factus fuerit, locus erit uulgari: si uero fuerit hæres cum effectu, expirat uulgaris. l. post aditam. C. de impub. & al. sub. si postea fuerit effectus consul, habebit locum fideicommissaria: fit igitur integra compendiosa, hoc modo. Filius meus hæres esto, & si sine liberis decesserit, substituo Titium,
2 uel Titius sit hæres, hæc † enim continet plures substitutiones pluraque tempora, plures inquam substitutiones, hoc est pupillarem, uulgarem atque fideicommissariam. l. præcibus. C. de impub. & al. sub. uers. si uero, ubi clare patet compendiosam continere pupillarem: & etiam uulgarem, in uers. & si adierit, si bene uerba considerentur, utraque enim conditio extitit, hoc est ea quæ necessario inest uulgari, idest si hæres non erit, & altera adiecta à testatore, hoc est si morietur sine filijs. Plura tempora, hoc est tot tempora, quot sunt substitutiones, una quæque enim substitutio, suum habebit tempus. tempus enim uulgaris, durat à morte testatoris, usque ad aditam hæreditatem, si interim institutus hæres non erit, & sine filijs morietur, substitutioni uulgari locus erit, totum igitur id temporis uulgaris uiuit, adita uero hæreditate, uulgaris cum suo tempore expirat. l. post aditam. C. de impub. & al. sub. Tempus uero pupillaris a morte testatoris ad pubertatem usque porrigitur, si interim filius in potestate diem suum obierit sine liberis, erit locus pupillari, utraque enim conditio impleta est, ea scilicet, quæ insita est pupillari, scilicet ut filius moriatur impubes, & ea quæ expressa est a testatore, hoc est, si moriatur sine liberis, utraque igitur existente, est locus dispositioni. §. si plures. Insti. de hæred. insti. adueniente igitur pubertate, ea cum suo tempore, finitur. l. in pupillari. ff. de uulg. & pupil. At tempus fideicommissariæ, post aditam hæreditatem, & post pubertatem incipit, & extenditur usque ad mortem pupilli filij, tunc si conditio extiterit, hoc est si filius sine liberis morietur, erit fideicommissariæ locus, sin secus ipsa interibit, deficiente enim conditione dispositio euanescit. l. necessario. ff. de pericul. & commod. rei uend. §. fin autem. C. de cadu. tollen. Et hoc modo nulla erit compendiosa, quæ continet plures substitutiones, quin & plura tempora cōtineat: quam obrem si ea fiat filio puberi, plures substitutiones, hoc est uulgarem, & fideicommissariam complectetur. itidem & plura tempora, hoc est tempus uulgaris, & tempus fideicommissariæ, ut supra demonstratum.

Sed ex doc. sententia, eiusmodi substitutio, non continet plura tempora, ipsi enim intelligunt, unum tempus, uidelicet, intra pubertatem, alteram post pubertatem. Tu autem dicas huiusmodi substitutionem maiori factam, continere plura tempora, hoc est tempus uulgaris, tempusque fideicommissariæ, ut supra scriptum est. Dicas itaque nullam reperiri compendiosam quæ plures substitutiones, pluraque tempora non complectatur: quamobrem si fiat substitutio filio puberi, per uerba mere obliqua, hoc modo si filius meus moriatur sine filij bona mea Titio restituantur, quo casu sola continetur fideicommissaria, improprie seu æquiuoce dicetur compendiosa: sicut improprie dicitur grex, si unam tantum ouem ab initio continet, dicitur enim compēdiosa ob uerborum formulam, adest enim figura, nomenque compendiosæ, diffinitio uero abest, & sic æquiuoce ea appellatur compendiosa: quemadmodum pes abscissus, dicitur pes ob membri figuram, diffinitio uero pedis, ei non competit, pes enim est organum aptum ad ambulandum.

3 Rursus quæritur, an † substitutio compēdiosa sit species per se? Bar. & quidam alij asserunt, eam a pagano conceptam, speciem per se

per se nequaquam esse, mori fortasse, eo quod si filius, cui facta est cõpendiosa a pagano, sine liberis decesserit, & hæres nõ extiterit, uulgari in ea contentæ locus erit, at si non extiterit hæres, & diem suum obierit superstitibus filijs, uulgaris nulla erit, cum non extiterit conditio a testatore apposita: deficiente.n.conditione, deficit dispositio.l. necessario.ff.de peric.& comm.rei uend.idem dicendum est de pupillari. Cæterum si hæres non extiterit, & moriatur impubes, etiam sine liberis, erit locus pupillari, & si extiterit hæres, & factus est pubes, decesseritque sine liberis, fideicommissariæ in ea contentæ locus dabitur. nil igitur, inquiũt est aliud compendiosa quam uulgaris, pupillaris & fideicommissaria in ea contentæ non est igitur noua species, sed noua quædam adiectio eas simul colligens. hæc illi.

Tu uero dicas, compendiosam esse speciem substitutionis per se: quemadmodum enim domus, uti totum quoddam, continet parietem, tectum & solum, uti eius partes: & re ipsa nil aliud est domus, quam dictæ partes simul iunctæ: tamen ratione hoc est diffinitione & essentia, differt domus a pariete, tecto, soloque separatim acceptis. propterea quod domus est quædã unio, seu coniunctio dictarum partium, & inest ipsis partibus, ueluti forma. in artificialibus.n. compositio, ordo, & figura, est forma. Aristo.2. Phys. Sanctus Thomas in opusculo de occultis naturæ, ait, quod ex partibus cõstat, totum forma est, & in materia, hoc est in partibus ipsis, ex quibus constituta est, consistit. Item sicut mulsum componitur ex melle & uino, & nil aliud re ipsa est, quam mel & uinum simul iuncta: tamen est noua & diuersa species a uino & melle per se sumpto.§. cum ex aliena. Insti. de rer. diuis. &c. Ita in casu nostro, quamuis compendiosa re ipsa nil aliud sit quam uulgaris, pupillaris, fideicommissaria in ea contentæ, tamen ratione a qualibet ipsarum differt. compendiosa enim ueluti totum quoddam colligens, continensque illas, uti eius partes, inest illis ueluti forma. quamobrem differt compendiosa a uulgari sub ea contenta. Compendiosa enim continet uulgarem, pupillarem, ac fideicommissariam. uulgaris uero nec fideicommissariam, nec pupillarem expressam uti est in compendiosa complectitur. differt etiam eo modo a pupillari & fideicõmissaria. est igitur noua forma, & consequenter noua species. quemadmodum igitur domus est diuersa species, ab eius partibus, ita & compendiosa, non tamen differt re ipsa compendiosa a uulgari, pupillari, fideicõmissariaue coniunctim acceptis, ut dictum est de domo. erit igitur compendiosa totum quoddam.

Sed quæritur an dici possit totum generale, an integrale, an collectiuum? Responde, totum generale minime dici posse si quidem nomen, & diffinitio generis cuilibet eius parti sine dubio inest. homo enim uere dicitur animal, eique competit diffinitio animalis, nam homo est etiam corpus animatum sensibile: quæ est sui generis, hoc est animalis diffinitio: at nomen & diffinitio compendiosæ, nulli eius parti cõpetit. non enim uulgaris potest dici compendiosa, licet sub ea contineatur, nec ei competit illius diffinitio si quidem uulgaris nõ est substitutio, quæ plures substitutiones æq; principes, pluraq; tẽpora cõtineat, quemadmodum compẽdiosa. Rursus nec totũ integratum dici potest, propterea quod si a toto integra to partem dempseris, ipsum totum nequaquam remanet, domus.n. est quoddam totum integrale.l. eum qui ædes.ff. de usucapio. a qua si partem demas, amplius domus non erit. at si a compendiosa, hæreditatis aditione tollatur uulgaris, nihilominus remanet ipsa compendiosa continens pupillarem & fideicommissariam .l. precibus.C.de impub.& ali.sub. ibi, si adierit.

4 Restat igitur † ut sit totum quoddam collectiuum, quod ex distantibus rebus constat, quæ uni nomini subiectæ sunt, ueluti populus, grex, uniuersitas.l. rerum mixtura.ff. de usucapio. Quemadmodum enim decem oues faciunt gregem.l. oues.ff. de oblig. & tres homines uniuersitatem.l. Neratius.ff.de uerb. sig.& tamen si moriantur nouem oues, seu duo homines, adhuc nomen gregis & uniuersitatis consistit.l. sicut.§. fi.ff.quod cuiusque uni. & ibi not. Ita plures substitutiones faciunt compendiosam, quæ si ad unã recidat, utputa si uul-

garis aditione hæreditatis, pupillaris uero pubertate finiatur, remanente sola fideicommissaria, adhuc tamen nomen compendiosæ stabit. arg.d.§.si. Conclude igitur ex supradictis, compendiosam etiam factam à pagano, esse speciem per se, & esse quoddam nomen collectiuum, quod ex pluribus substitutionibus constat, è quibus si una solum modo remaneat, stabit cum ea nomen compendiosæ, sicut dictū est de uniuersitate.

5 Item quæri solet, si † fiat compendiosa filio impuberi, hoc modo, si filius meus sine liberis decesserit, Titius hæres esto, an in ea contineatur fideicommissaria substitutio, communis doctorum sententia est, fideicommissaria ea non contineri: propterea quod uerbum hæres, est uerbum omnino directū, minimeque obliquari potest, ut ipsi aiunt, in l.uerbis ciuilibus.ff. de uulg. & pupil. & in l. centurio.ff.eod.

Tu uero dicas in omni compendiosa quibuscunque uerbis concepta fideicommissariam contineri.

6 Nec obstat, si fiat per † uerbum hæres: hæres enim ut alibi diximus, est uerbum commune, id quod ita demonstratur, uerbum hoc hæres, idem est quod dominus.§. item extraneus. Insti. de hæred. qual. & diff.&.l. his uerbis & ibi glos.ff. de hæred. inst. sunt igitur hæres, & dominus synonyma, sicut ensis & gladius, & quicquid dicitur de uno, de altero dicendum est. Quemadmodum igitur dominus ueluti genus, in duas species diuiditur, hoc est in dominum directum, & dominum utilem seu obliquum. l.1.§.qui perpetuum.ff.si ager uectig. petat.& ibi not. ita hæres est uti genus quoddam, cui adiuncta hac appellatione directus, restringitur, & fit una species, hoc est hæres directus: sicut animal est genus, cui adiuncta hac appellatione rationali, contrahitur & fit una species, hoc est animal rationale, necessarium igitur est, ut sit altera species, hoc est animal irrationale. Si igitur hæres directus est una species, ergo alicuius generis species est. Erit itaque species huius appellationis hæres uti genus sumptę si igitur hæres sumatur ut genus, necessario erunt saltem duæ eius species: genus enim est quod prædicatur de pluribus differentibus specie, in eo quod quid est. Erunt igitur hæredis species duæ, hoc hæres directus, & hæres obliquus, hoc est fideicommissarius. Item quemadmodum animal simpliciter sumptum, supponitur pro omnibus eius speciebus, hoc est tam pro rationali, quam pro irrationali, & ut forte eueniat, ita capietur, ueluti si quispiam dixerit, animal currit, si animal rationale curret, uera est propositio, & pro eo supponet, at si rationale non curret; currat tamen irrationale, necessario pro eo supponet: quod si rationale & irrationale simul currant pro utroque supponet. Ita hoc nomen hæres simpliciter sumptum, hoc est sine adiuncto, supponit pro omnibus eius speciebus, hoc est pro hærede directo, & obliquo scilicet fideicommissario.

Quando igitur potest capi pro directo, pro eo capietur, & si pro utroque capi poterit, pro utroque capiendum est. sin autem pro directo capi non poterit, pro obliquo necessario capiendum est. utputa si quis dixerit, uideo animal quadrupes, quo casu cum animal non possit capi pro rationali capietur pro irrationali. Ita si quispiam dixerit, si filius meus morietur sine liberis, Titius hæres esto, si filius hæres non erit, uel si hæres erit, & morietur impubes, illud nomen hæres, esto, ueluti genus capietur pro hærede directo, & sic pro una specie capi debet At si filius hæres extiterit, pubesque sine liberis decesserit, tunc capietur pro altera specie, hoc est pro hærede obliquo, idest fideicommissario. Non obstat igitur illud uerbum hæres, quo minus fideicommissa substitutio huiusmodi compendiosa, ut supra concepta contineatur. Præterea hæres, & hæreditas sunt coniugata. coniugata autem dicuntur, quæ sunt ex uerbis eiusdem generis, hoc est, quæ orta ab uno uerbo uarie commutantur, ut sapiens & sapientia, liberalis liberalitas, iustitia & iustus, fœlicitas, & fœlix, itidem hæreditas & hæres. Fiet igitur maxima hæc coniugatorum, in eo quod coniugatà sunt, una & eadem natura ducatur nunc argumentum hoc modo, si sapientia uersatur circa diuina, ergo & sapiens circa diuina uersatur, si liberalitas maximopere amatur, ergo & liberalis maximopere amatur, si iustitia à Deo diligitur, ergo

ergo & iustus a Deo diligitur. si reperitur fœlicitas politica, reperitur & fœlix politicus. pari ratione, si reperietur hæreditas fideicommissaria, & hæres fideicōmissarius sine dubio reperitur. ualet enim argumentum à coniugatis, ut asserit Cicero in Topicis. Sed hæreditas fideicommissaria sine controuersia reperitur. Insti. de fideicom. hæred. efficitur, ut etiam hæres fideicommissarius reperiatur, quæ est una hæredis species. Ex supradictis clarè constat, hoc uerbum hæres simpliciter sumptum, non esse ita directum, quemadmodum doctores aiunt, imo est uerbum commune nullum.n. uerbum per se, ut alibi diximus, est directū uerbum autem commune, est illud quo significatur, ut quis manu sua capiat, uel alterius. ita Bar. in. l. centurio in penul. col. quod idem operatur uerbum hæres, ut ex supradictis manifeste apparet. Quod autem hæres sit uerbum commune, demonstrabitur argumento, cui respondeat si quispiam potest: ducatur itaque a partione argumentum quod quidem ualidissimum est, hoc modo.

Aut hæc appellatio hæres, est indiuiduū aut species, aut genus, aliud enim esse non potest. si indiuiduum, igitur sub aliqua specie continetur, ut inquit Porphyrius: ostendatur ea species, quæ dicitur hæres. si est species, sub aliquo genere continetur, & sic alicuius generis est species: ostendatur igitur genus, illud quod appellatur hæres. si dices esse genus, teneo te, hoc enim uolebam ut fatereris. genus enim sine dubio prædicatur de pluribus speciebus, erunt igitur plures hæredis species: si plures, ergo differentia aliqua inter se distant. differentia enim est qua singula differunt, & differentia, adiuncta generi constituit speciem. ut rationale additum animali cōstituit unā speciem, quæ est homo: irrationale uero additum animali, constituit alteram speciē, ut puta equum. In proposito itaque nostro, nulla alia differentia potest constitui species hæredis, nisi hac appellatione directus, & indirectus hoc est obliquus. At si dicas hoc nomen hæres, non esse neque indiuiduum, neque speciem, neque genus, falso dices. sequeretur enim ut nihil esset, & tamen est aliquid. & quicquid est creatum, aliquid horum est, ergo &c.

Sumatur itaque hæres ut genus, id quod uel inuitum te oportet fateri: constituendæ sunt igitur duæ saltem eius species, quæ hoc modo constituentur, addatur enim hæc differentia directus huic nomini hæredi uti generi, & constituetur una species, diceturque hæres directus. Addatur item eidem generi altera differentia, uidelicet indirectus, seu obliquus, & constituetur altera species, quæ dicitur hæres indirectus, seu obliquus. hoc concesso, rursus hoc concedas oportet, uidelicet, genus proprie dici de qualibet eius specie: inest enim cuilibet, & secundum nomen, & secundum essentiā quo fit, ut quemadmodum homo proprie est animal, ita & equus, & musca. Pari ratione, quemadmodum hæres directus, quæ est una species, proprie dicitur hæres, ita & hæres indirectus, seu obliquus, quæ est altera species, uerè est hæres. concedendum est etiam genus omnes suas species continere: animal enim sub se, rationale atque irrationale animal saltem potestate complectitur. Quamobrem huiusmodi hæredis appellationem uti genus quis neget continere suas species: si ita est & directum & obliquum hæredem continebit, quæ ut dictum est, sunt eius species? si igitur eas continet ut uere continet, erit uerbum commune, hæc enim ita sequuntur, ut nullo modo uitari possint? si est uerbum commune, sequitur ex communi Doct. sententia compendiosam factam per uerbum hæres, quod ut dixi est uerbum commune continere uulgarem, pupillarem, & fideicommissariam, quemadmodum ea quæ fit per uerbum succedat, seu substituo, seu aliud uerbum commune, proculdubio ex communi doc. sententia uulgarem, pupillarem, & fideicommissariam complectitur, ut not. in. l. centurio &. l. precibus & ibi Bar. & . l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebell. Et si longiusculè in hoc demonstrando moratus sum, ne ægre feras rogo, est enim res ardúa, & difficilis: ex hoc enim uerbo, si est ita directum, ut flecti non possit, ut Doctō. aiunt, multæ & ferè indissolubiles in hac materia controuersiæ nascuntur. at si est commune, ut dixi-

ut diximus, substitutionum materia quæ dif ficillima habetur plana,& facilis uidebitur, reiecta tamen prius communi scribentium sententia, ad.l.uerbis ciuilibus.ff. de uulga. & pupil.sub. quæ causa & origo fuit omniũ in hac materia difficultatum. & re uera, si lex illa bene intelligatur, erit & ipsa clara, & omnes remouebuntur difficultates.

Non obstat igitur huic nouę,& ueræ opi
7 nioni, † l. uerbis ciuilibus. in qua communis opinio fundatur, illa enim huc usque à Doctoribus quod uiderim non est intellecta. uerba enim ipsius hæc sunt. Verbis ciuilibus substitutionẽ post decimumquartũ annum ætatis frustra fieri conuenit. Existimant doctores in hac lege factam fuisse cõpendiosam filio impuberi, uerbis directis ciuilibus, quamobrem si filius decessisset impubes, habuisset profecto locum pupillaris: si uero pubes, funditus euanesceret, nec per fideicõmissum ualeret. Summam autẽ huiusmodi colligunt. compendiosa facta a pagano per uerba directa ciuilia nihil ualet post pubertatem. Videamus nunc si uerba tex. huiusmodi admittunt intellectum. Construe itaq; ex eorũ mente: hoc modo conuenit, [id est sine controuersia est,] substitutionẽ [.s.compendiosam: supple factam filio impuberi uerbis ciuilibus, hoc est directis] post decimum quartum annum, [hoc est post pubertatem] frustra fieri, [id est euanescere.] Hic eorum intellectus literæ minime congruit. diuinat enim substitutionem filio impuberi factam fuisse. oportet præterea subintelligere, factam, alioqui nec construi, nec sensus erui posset. Item exponunt uerba illa frustra fieri, idest euanescere, id quod latinitas non admittit. omne enim quod fit, non est. sed est in motu ad ipsum esse. non erat igitur substitutio prius in actu, sed fiebat, fiebat tamen frustra, non autẽ iam facta euanescebat: id.n. quod euanescit, aliquando fuit, priuatio.n. præsupponit habitum.l.decẽ.ff.de uerb.ob. sed id quod fit frustra nunquam est in esse, quia dum fit, frustra fit. Volunt itaq; illa uerba, uidelicet fieri frustra substitutionem.nõ prius factam postea euanescere, ut inquiunt ipsi, sed eo instanti quo fit, fieri frustra. Quã obrem illa uerba ostendunt substitutionem non fuisse factam ante decimum quartum annum, quo tempore nõ fieret frustra, imo haberet suam essentiam, ut ita dicam, & uiueret usq; ad decimum quartum annum: sed potius necessario demonstrant substitutionem fuisse factam post decimum quartum annum, eam inquam, quæ eo tempore fieri non poterat, huiusmodi est pupillaris, quam si quis post decimum quartum annum facere tentet, frustra eam faciet, frustra inquam, cum id cuius gratia fit, hoc est, ut pupillo directo succedatur, haberi non possit, cum post pubertatem filio succedi directo nequeat. In illa igitur lege, non fuit facta compendiosa, ut ipsi aiunt. si quidem in compendiosa uulgaris, pupillaris, & fideicommissaria continetur. l. precibus C. de impub. in uersic. etiam si adierit hæreditatem. quo circa post quartum decimum annum posset uulgaris, uel fideicommissaria uim habere: quamobrem compendiosa non frustra fieret, ut ipsi aiunt. nec obstat quod testator dixerit hæres esto, quod uerbum ut ipsi appellant directum, fideicommissariæ uidetur obesse. nam hæres, idem est quod dominus.§.fi. Inst.de hæred. quali.& diffe. ut superius diximus dominus autem dicitur directus & utilis.l.2.ff.si ager uectig. uel emph. pet. erit igitur hæres directus, & utilis, idest fideicommissarius,& quemadmodum dicitur fideicommissaria hæreditas. Insti.de fideicom. hæred. ita & fideicommissarius hæres consequenter dicetur, ut plenius supra ostendimus: Quamobrem si testator dicat, si filius meus decesserit sine liberis, talis sit ei hæres: intellige hæres siue directus, siue fideicommissarius, prout euenerit non enim uerba repugnant. Male itaque exponunt uerbis ciuilibus, idest directis, cum nullum uerbum possit per se directum appellari, & ideo communis intellectus non est bonus ut quamobrem dicas in ea lege præponi eundem casum qui ponitur in.§.extraneo, Insti.de pupil.qui.§.uidetur esse glos. d.l. uerbis ciuilibus. & is est. quæsitum fuit à Papiniano iureconsulto, an possit quispiam filio suo puberi facere substitutionem pupillarem? & uidebatur dicendum id fieri posse, nam pupillaris substitutio est quædam prouisio cõ

cessa

cessa a lege pro ipso filio, per quam substitutus succedit pupillo. Instit.eo.ti. in princ. causa quare id concessum sit, est ut pupillus moriatur testatus, & hæc ratio uiget etiam in filio pubere. Hoc tamen non obstante, Papinianus contrarium decidit, dicens, substitutionem pupillarem post quartumdecimum annum frustra fieri, propterea quod à lege solum est patri concessum ut possit filio substituere in ea etate, in qua sibi filius testari non potest. Instit. de pupill. in fine princ. quæ ætas durat usque ad pubertatem, in qua sane potest ipsemet filius testari. l. qua ætate. ff. de testa. illud itaq; beneficium legis in fauorem filij inductum, si post pubertatem duraret, esset iniquum: auferret enim filio puberi testamenti factionem, id quod non est faciendum. l. ex facto. ff. de uulga. & pupill. Et hoc idem decidit Imperator in.d.§.extraneo. quare collige tu summam hoc modo. Substitutio pupillaris, frustra fit filio puberi. & construe literam, substitutionem uerbis ciuilibus [idest uerbis in formulam pupillarem à iure ciuili re dactis] conuenit, [hoc est sine controuersia est] frustra fieri, [hoc est incassum a testato re effici,] post decimumquartũ annum [.i. si pupillaris fiat, post pubertatẽ frustra fit, .i. nullo momento ualet.] Et hic est uerus intellectus, & non ab re fit frustra, quia nõ ualet ut pupillaris, cum sit facta puberi: nec ut fideicommissum pupillare, quia nec illud potest fieri puberi, finitur.n. pubertate sicut & pupillaris. d.l. quod fideicommissum. ff. de leg.1. Nec potest ualere ut fideicommissum uulgare, per quod succeditur testatori: nam testator faciendo meram pupillarem, noluit sibi, sed filio prouidere: non ab re igitur Papinianus inquit, substitutionem frustra fieri. idest eo momento quo fit, frustra fit, & nihil ualet. In.l.uerbis ciuilibus. hoc nomen hæres, uel hoc uerbum institutio esse uerbum directum ciuile, non probatur. item nulla lege comprobatur cõ pendiosam factam, per uerbum hæres esto, post pubertatem expirare.

Cæterum doc. communem eorum sentẽ tiam confirmant hoc modo: si fauore liber tatis dispositio directa non obliquatur, ut ualeat iure fideicommissi. l. si seruus. §. si ser uus alienus. ff. de leg.1. multo minus substitutio directa, cui minus fauoris debetur, non obliquatur ut ualeat iure fideicommissi. a maiori enim ad minus tenet argumentum destructiue, siue negatiue, ut Cicero in Topicis ait. & Aut. multo magis. C. de sacr. sanc. eccl. doctores nonnulli uarijs ni tuntur modis huiusmodi argumentum reijcere, sed eorum solutiones non nullis, & mihi uidentur fragiles. Pro ueritate igitur dicas, id, de quo nunc tractatur, ab eo quod in † .d.§.si seruus alienus disponitur,
8 multum distare. scire itaque oportet, seruo alieno libertatem inutiliter dari. l. si seruo. C. de manumiss. testa. & ibi not. Finge igitur hoc modo casum, Camillus cupiens Titium seruum alienum, puta Sempronij, liberum fieri, uolensque ei directo dare libertatem, testamento suo ita cauit: Titius seu Titi liber esto, (ita enim dabatur directo libertas, tot. tit. de manumiss. testa. ff.) talis enim libertas nullius est momenti cum data sit seruo alieno. d.§. si seruus alienus.

Potuisset tamen Camillus seruo alieno libertatem fideicommissariam dare, ueluti si aliquid Sempronio domino serui reliquisset, quo facto potuisset rogare Sempronium eiusque fideicommittere, ut Titium seruum suum manumitteret, tot. titu. ff. de fideicomm. lib. & ita in.d.§. si seruus alienus, potuisset libertas seruo alieno relinqui.

Quæritur igitur quamobrem si non potest ualere ut directa, non obliquatur ut ualeat uti fideicommissaria, cum substitutio directa obliquetur, ut ualeat uti fideicommissaria, ut supra conclusum est?

Responde unam speciem non posse in aliam mutari. non enim equus potest in asinum mutari, non potest igitur directa libertatis datio, quæ est una species dandæ libertatis, in fideicommissariam, quæ est altera species conuerti. si igitur non ualet uti directa libertas à testatore data, nec uti fideicommissaria ualebit, cum in testamento ea data non sit, nec sub directa cõ tinebatur: quemadmodũ uulgaris simplex directa, non continet fideicommissariam substitutionẽ, id quod nemo est qui neget. At in

At in casu de quo nunc agitur, ideo post pubertatem, & aditam hæreditatem ualet fideicommissaria, quia tractatur de compendiosa, quæ sine controuersia si facta est uerbis communibus, uulgarem pupillarem, fideicommissariamque continet, uti doct. fatentur. in. l. centurio. ff. de uulga. & pupil. sed uerbum hæres, est uerbum commune ut supra demonstratum est, igitur &c. Quamobrem uulgaris seu pupillaris directa non mutatur in fideicommissariam, imo uulgaris hæreditatis aditione, pupillaris puberrate extinguitur. l. post aditam. C. de impub. & al. sub. l. in pupillari. ff. de uulga. & pup. Cæterum ipsa fideicommissaria, quæ in compendiosa æque princeps continebatur, illis extinctis, locum habet. & si hoc modo intelligatur. d. §. si seruus alienus ut uere intelligendus est, nihil obest.

9 Solet etiam quæri, an † compendiosa facta per uerbum cōmune, puta si filius meus decesserit, sine liberis substitutio Titium, uel Titius succedat, an inquam si filius decedat impubes, uiuente eius matre, habeat locum pupillaris directa, per quam substitutus pupillo, omnibus alijs exclusis, etiam matre, succedat, si uero moriatur pubes, an fideicommissaria locum habeat? commu nis scribentium sententia est in. d. l. præcibus quos ibi refert. Ias. & d. l. centurio, infra pubertatem habere locum pupillarem, etiam matre uiuente, postea uero, fideicommissariæ locus erit, & hoc in iudicando est tenendum, & ita uerum esse confirmo. Dubitant tamen Doctores si post pubertatem

10 ualet iure fideicommissi, † huiusmodi fideicommissum à quo censeatur relictum, à filio ne, an ab eius hærede? distiguunt hoc modo, aut pater expresse rogauit filium, & sine controuersia ab ipso filio relictum uidetur, aut expresse rogauit filij hæredem, & ab eo censetur relictum, aut non apparet, puta quia simpiiciter testator fideicommissum post mortem filij reliquerit, hoc modo si filius meus morietur sine liberis succedat Titius, uel bona mea perueniant ad Titiū & tunc fideicommissum ab hærede censetur relictum, ab hærede inquam ipsius filij secundum doc. Huius quæstionis inuestigationem aiunt, magni ponderis esse. nam si est relictum ab ipso filio, mortuo patre, statim ipso iure separatur legitima à cæteris bonis patris, & interproprias filij facultates connumeratur, ab illa enim omnis dilatio, omneque grauamen remouetur. l. quoniam in prioribus. C. de inoffi. testa. Detrahitur etiam Trebellianica, quæ non solum à filio, ut hærede, sed, à quouis hærede restituente detrahi potest l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. &. c. Raynaldus. §. dilectus filius. de testa. possūt enim hæ duæ quartæ detrahi à filio, quando ipse filius grauatus est sub conditione, ut in casu de quo nunc agitur. hoc fere omnes doc. firmant in. d. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. Si uero est relictum à filij hærede, tunc fideicommisso etiam legitima continetur. l. si fundum per fideicommissum. §. sicuti cum. l. sequen. ff. de leg. 1. deducitur tamen Tribellianica quæ ab uno quoque hærede grauato, detrahi potest, ut dictum est, & hæc ex doc. Cæterum ne tu decipiare,

11 dicas † fideicommissum sicuti genus, habere duas species, uulgare scilicet & pupillare. Fideicommissum uulgare est per quod oblique succeditur testatori, sicuti directe per uulgarem substirurionem. d. §. cum filiæ & insti. de pupil. sub. in princ. Hoc autem uulgari fideicommisso propriæ filii facultates non continentur. d. §. cum filiæ, uers. neque fideicommisso. & consequenter nec legitima: hæc enim post mortem patris inter proprias filii facultates connumeranda est, cum ipso iure statim à bonis patris separetur, omni grauamine omniq; dilatione, reiecta. d. l. quoniam in prioribus. Separandæ sunt igitur ab huiusmodi uulgari fideicommisso, propriæ filii facultates, quas aliunde quam a patre acquisiuerit. item deducatur legitima ipsi filio iure naturæ debita. l. cum ratio. ff. de bon. dam. & l. fin. C. de codicil. deinceps detraharur trebellianica, quæ a quouis hærede detrahitur. inst. de fideicō. hær. §. sed quia & d. c. Raynaldus. & hæ hæredibus ipsius filii dandæ sunt, eis. s. qui ab intestato ei succedunt, uel eis quos ipse filius instituerit, reliquum uerò fideicommissario dandum est. Fideicommissum uero pupillare est, per quod oblique succeditur ipsi filio, quemadmodum directò per

cto per pupillarem.d.l. si fundum per fideicommissum.§.sicuti.ff. de leg.1.Hoc autem fideicommisso continentur propriæ filij facultates undecunque acquisitæ, & consequenter legitima,quæ ut supra dictum est, inter filij facultates numeratur.d.l. si fundum.§.sicuti,& ab eius hærede restituendũ est.d.§.sicuti.quamobrem ab eo trebellianica duntaxat deduci potest, quæ à quouis hærede, ut dictum est potest detrahi. Cæterum si filius pubes factus decesserit, hoc pupillare fideicommissum euanescit.d.l. quod fideicommissum.ff. de leg.1. Et ex his perspicuum est,quid sit fideicommissum pupillare, & cui per ipsum succedatur, & quæ bona eo contineantur, quoue tempore finiatur. Item quid sit uulgare fideicommissum,& cui per ipsum succedatur, & quæ bona eo contineantur.

12 NVnc animaduertendum est,† an si facta sit compendiosa filio impuberi,per uerba obliqua,utputa si filius meus sine liberis decesserit, uolo ut bona mea Camillo restituantur: quo casu doctores aiunt, uideri fideicommissum datum ab hærede, filij. quamobrem si filius impubes diem suum obierit, fideicommissum pupillare locum habebit: si uero pubes factus sine liberis decesserit, fideicommisso pupillari pubertate finito, uulgari fideicommisso æque in compendiosa contento, erit locus, per quod patri succeditur, ut supra dictum est. Item si facta est compendiosa, sub qua contineatur pupillaris,utputa facta filio impuberi ab eo qui eum in potestate habet,& in testamento solenni, tũc si filius moriatur impubes,habebit locum directa pupillaris, per quam substitutus pupillo succedit,& ad substitutum omnes filij facultates, quoquo modo ei obuenerint, directo pertinent.l. sed si plures.§. ad substitutos.ff. de uulg. & pupil. si uero filius pubes factus, aditaque hæreditate obierit,tunc fideicommisso uulgari locus erit, & quæ bona eo teneantur ex supradictis manifestum est. Item si facta est compendiosa per uerba communia filio impuberi,in qua pupillaris directa contineri non possit: utputa si facta esset à matre quæ filios in potestate minime habet. §.fœminæ. Inst. de adop. quo circa testamentum filio facere haud potest. Insti. de pup.in prin. uel si facta est à patre in codicillis,quibus hæreditatem directo dari non licet.§.codicillis.Inst. de codic. si deinde filius hæres impubes decesserit, fideicommisso pupillari locus erit.l.Scæuola.ff. ad senatusconf. Trebell. At si pubes iam factus sine liberis decesserit,& ita finito pupillari fideicommisso.d.l.quod fideicommissum,locus erit fideicommisso uulgari. d.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff. de uulg. & pupil. & quid uulgare, & quid pupillare fideicommissum operetur ex supradictis iam perspicuum est.

Et si hac distinctione utaris, nunquam in hac materia decipieris, caue igitur a doctrina doctorum, qui indistincte loquuntur:dicunt enim fideicommissum post mortem filij simpliciter relictum uideri a filij hærede relictum:eoque filij legitimam contineri, nec distinguunt,utrum filius mortuus sit pubes uel impubes, uide eos in.l. cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulg.& pupil.ubi Ias. refert multos. tu uero cum casus euenerit, distinguito ut supra.

NVnc reassume Verba quibus testatores utuntur, nam Doctores ea in tria genera posuerũt quædam enim
13 sunt † directa, quibus significatur, ut is qui substituitur manu sua capiat,nec requiritur factum alterius, & sunt huiusmodi.

Institutio,hæres esto, & hæc duo appellantur directa ciuilia, hoc est iure ciuili introducta. glos. in.l. uerbis ciuilibus.ff. de uulg. & pupil. quam ibi doctores sequũtur.
Dominus esto. Accipiat. Capiat.
Moriatur. Cedo.
Assigno. & hæc à Bartolo appellantur uerba directa, non ciuilia.

Quædam sunt obliqua, quæ sonant, ut quis non sua,sed alterius manu, hoc est hæredis capiat.& sic facto alieno opus est, huiusmodi sunt.
Detur. Reddatur. Restituatur.
Det. secus si dicat, do. Reddat.Restituat.

Quædam uero sunt uerba communia, & sunt ea quæ possunt utraque significationem habere, idest quod sunt apta, ut per

ea quis manu propria, uel alterius accipere possit,& sunt hæc.

Perueniat.
Pertineat.
Habeat.
Remaneat.
Reuertatur.
Deuoluatur.

Succedat: quod uerbum si ad res principaliter referatur, est commune, ut puta,quandocunque filius meus decesserit fine liberis, succedant bona mea Titio.si uero ad personam referatur,ut puta si filius meus morietur fine liberis,succedat ei Titius,& tūc est directum,nec potest esse obliquū, quia per fideicommissum non instituto,sed testatori succeditur.l.cohæredi.§ cum filiæ.ff de uulga.& pupilla.hæc ex Bar. in.l.centurio ult. not.& penul.colum. cum quo omnes Doctores conueniunt. Ego uero aliter sen-

14 tio,& † arbitror,nullum uerbum per se,posse dici directum, nullum item uerbum per se appellandum esse ciuile. quis enim Paulo humanior diceret, uerbum aliquod inuentum esse à lege, ut doctores aiunt. leges enim in comitijs, interrogante magistratu, utputa consule, constituebantur, §.lex. Instit. de iur.nat. gen.& ciuil. Nonne absurdissimum iudicaretur,consulem cōuocasse comitia ad aliquod uerbum inueniēdum, ciuitates enim utuntur uerbis, non autem inueniunt: quemadmodum res pub. utitur hominibus, & non facit. Aristot. 1. Polit. fuerunt autem uerba inuenta, uel ab Adam primo homine, quem aiunt imposuisse nomina animalibus aliisque rebus. gen.c.1.uel ab usu cuiusque regionis. Sed si ita est, cur Papinianus appellat uerba ciuilia in.l.uerbis ciuilibus.ff.de uulga. & pupil? Dicas glos. in.d.l. tetigisse ueritatem, sed Doctores eam non intellexerunt. unde scias à Papiniano, non unum uerbum per se appellari ciuile,sed plura uerba in aliquā formulam à iure ciuili redacta, appellari ciuilia, quasi à causa efficienti,sicut lex Aquilia, ab Aquilio nuncupatur. antiquitus enim omnia ferè suam habebant formulam, ut colligi potest ex tit. de for. subl. C. Formula enim hæredis instituendi erat, ut uerba essent imperatiui modi, & nominatiua recta, idest uel uocatiuus, uel nominatiuus, ut colligi potest ex.l.quoniam. C. de testa. sed aduerte ibi legendum esse rectis uerbis, non autem directis, formula erat huiusmodi, Lucius Titius, uel Luci Titi hæres esto.l.1.ff.de hæred. instit. Formula substitutionis uulgaris erat, si Titius mihi hæres non erit, Seius hæres esto. Formula item pupillaris erat hæc,si filius meus mihi hæres erit, & prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, tunc Seius hæres esto. Instit. de pupill. in princ. Formula stipulationis erat, ut interrogatus responderet,per eadem uerba: utputa spondes? spondeo. promittis? promitto. dabis? dabo. facies? faciam. si per aliud uerbum respondisset, non ualebat, utputa promittis? spondeo. ita colligi potest ex.§.1.instit. de uerbor. obliga. Verba itaque ex quibus formula aliqua à iure ciuili composita erat,ciuilia appellabantur: & de his tex. in.l.uerbis ciuilibus. loquitur, de cuius intellectu diximus supra nu.7.

Est animaduertendum,quòd queadmodū Doctores tria uerborū genera posuerūt,ita trifariam posse concipi compendiosam af-

15 firmant: quandoque † enim compendiosa conficitur a testatore, uerbis, ut ipsi aiunt obliquis, ut puta, si filius meus morietur sine filijs, hæreditas seu bona mea dentur, seu restituantur Sempronio; & tunc procul dubio omni tempore iure fideicommissi ualebit.d.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulg. & pupill.notatur in.l.precibus.C. de impu. & al. sub, &.l.centurio.ff.de uulg.& pupill. Et huius substitutionis uirtus est, ut substitutus per eam non possit propria manu testatoris hæreditatem accipere, sed necesse est ut conueniat hæredem illius cui facta est substitutio, ab eoque petat sibi hæreditatem restitui: ille autem hæres ex hæreditate restituenda poterit trebellianicam deducere.d.§. cum filiæ. & hoc ex persona sua. Poterit etiam detrahere legitimam ex persona eius cui facta fuit substitutione, si tamen is erat filius testatoris sub conditione grauatus, ut not.in.d.§.cum filiæ.

16 Quandoque † compendiosa, uerbis ut inquiunt,cōmunibus concipitur,ut puta quandocunq; filius meus decesserit sine filijs hæreditas

reditas seu bona mea ad Sempronium perueniant: & tunc secundum doctores quosdã in.d.l.centurio. si mater extat, semper ualet iure fideicommissi. sed communis opinio tenet, mortuo filio in pupillari ætate, directæ pupillari, etiam uiuente matre, locum esse, ut refert Ias.in.l.precibus.C.de im pub.& al. sub. si uero mater non extat & filius institutus in pupillari ætate obierit, tũc sine controuersia pupillaris iure directo ualebit, per quam ipsi filio succedetur Insti.de pupil.in prin. At si filius post pubertatem e uiuis decesserit, iure fideicõmissi ualere manifestum est. & aduerte quòd si filius repudiauerit patris hæreditatẽ, habet etiam locum uulgaris contenta in compendiosa: not. Bar.in.l.Centurio in.x.colum.uersic. quæro utrum substitutio compendiosa. Inter-
17 dum † compendiosa à testatore uerbis, ut aiunt, directis ciuilibus exprimitur, ueluti si filius meus morietur sine filijs, Semproniũ instituo, uel Sempronius hæres esto: & tunc si potuit ualere a principio ut pupillaris, ut puta quia filio impuberi in potestate, & in testamento facta sit, & is in pupillari ætate decesserit, pupillaris sine dubio iure directo ualebit. At si post 14. annum obierit, ex sententia Doctorum non ualebit ut fideicommissaria, sed penitus euanescet, ut notant fere omnes in.l.uerbis ciuilibus.ff. de uulgar.

Secus si fuerit facta per uerba directa nõ ciuilia, ut puta moriatur Sempronio, tunc enim si a principio non potuit ualere directo, intellige ut pupillaris, uolunt eam ualere ueluti fideicommissariam: exemplum, si fuit facta compendiosa filio puberi, seu impuberi a matre, seu in codicillis, quibus casibus sine dubio non potest ut pupillaris ualere, & hæc opinio fuit glos. in.d.l.uerbis ciuilibus, quæ fere omnes ibi sequuntur. At si a principio potuit ualere directò, post 14. annum non obliquatur.

18 Subdunt deinde Doctores, † si pater instituit filiã in mille ducatis, & quandocunq; sine liberis decesserit, illos inter pauperes distribui iussit, & quia illud mille ducatorũ non excedebat legitimam, dubitatum fuit utrum tale fideicommissum deberetur? Bal. & Christo.de Castell. ex una parte eiusmodi fideicommissum dicunt nequaquam deberi, eo quod filia in legitima non potuit grauari: ab illa enim omne grauamen, omnisque dilatio iure ipso reijcitur. Raphael. Fulgo. Paul. de Castr. Ioan. de Imola ex altera parte, asserunt fideicommissum omnino deberi, propterea quòd non est iniunctum filiæ nominatim, sed simpliciter post eius mortem relictum est, quo casu ex communi Doct. sententia, ab ipsius filiæ hærede datum censetur, quamobrem etiam legitima eo continetur, & hanc ultimam opinionem aiunt obseruari; ut referunt in.d.l.cohæredi.ff.de uulg. & pupill. Si hoc simpliciter intelligeres, facile decipieris. distingue itaque hoc modo. Aut illa filia mortua est impubes, & uera est opinio Paul. de Castro, & Imolæ: erit enim fideicommissum pupillare, quo simul cum alijs filii facultatibus legitima continetur, per illud enim succeditur pupillo.d.l.si fundum per fideicõmissum.§.sicuti.ff.de leg.1. Aut filia mortua est pubes, quo casu euanescit pupillare fideicommissum.d.l. quod fideicommissum. ff.de leg.1. & tunc uera fit opinio Bald. & Chris. & ualebit uti fideicommissum uulgare, quo nec facultates filiæ, & consequenter nec legitima, & per consequens nec mille ducatorum in quibus filia fuit instituta, continetur, cum non excederet legitimam, & per huiusmodi fideicommissum testatori succeditur.d.l.cohæredi.§.cum filiæ. & ita intelligendo nunquam aberrabis.

PRæterea occurrit hic quæstiuncula non spernenda, quæ omissa fuit in materia pupillaris, quæ talis est. an
19 † substitutio pupillaris filio in potestate puberi facta, ualeat saltem iure fideicommissi? ex doctrina glos. dicendum esset, utique non ualere. ex glos. enim colligunt doctores, quòd si à principio non potest ualere directò, sine dubio obliquatur, ita in casu proposito est, ergo &c. Contrarium tenent omnes Doctores asserentes eam nullo modo ualere. cum enim pupillaris pubertate finiatur, non potest inde incipere, argum.l.Titio cum morietur. ff. de usufruct. & hæc est communis opinio, & pro hoc est text. in.§.extraneo. Institu. de pupilla.

Sed contra hoc opponitur de.l. Scæuola.ff. ad Trebell. ubi fuit facta substitutio pupillaris in codicillis, quæ non potest directo ualere, ut ibi scriptum est, quamobrem benigna quadam interpretatione, obliqua efficitur, prout Scæuola respondet, & sic.d.l. uidetur omnino aduersari.d.§.extraneo. At si quispiam dicat in.§.extraneo, pupillaris fuit facta maiori, cui fieri minime potest, idcirco nec iure fideicommissi ualebit: & in.l.Scæuola, fuit facta impuberi, cui iure fieri poterat, nil igitur mirum, si ibi iure fideicommissi ualet: sed hoc dicens minime soluit, licet enim fuerit facta impuberi, fuit tamen facta in codicillis, quo casu pupillaris nulla est, & perinde est ac si fuisset puberi facta. Pro resolutione † sciendum est

20 duplex reperiri fideicommissum, ut dictum est supra nu.11. unum quo succeditur testatori, quod appellari potest uulgare, & eo solæ testatoris facultates continentur, non autem eius cui substitutum est.l. cohæredi.§. cum filiæ.ff.de uulg. & pupill. & hoc fideicommissum potest habere locum tam ante, quam post pubertatem.d.§.cum filiæ. Alterum est fideicommissum, quod pupillare appellari licet, quo succeditur pupillo, & eo solæ pupilli facultates continentur: quod fideicommissum, si pupillus pubes factus decesserit, euanescit, sicut & pupillaris.l. si fundum per fideicommissum, aliter incipit, si Titio.§.fi.cum.l. sequen.ff. de leg.1. His itaque præmissis dicas, aut quis facit substitutionem pupillarem in formula sua filio puberi, & tunc non ualet ut pupillaris, cũ non possit fieri maiori: nec ualet ut fideicõmissum pupillare, quo succeditur pupillo, illud enim, ut dixi, post pubertatem euanescit, & eo tempore quo euanescit, non potest incipere. arg.l. Titio cum morietur ff.de usufruc. nec ualet ut fideicommissum uulgare, quia testator faciendo formulam pupillarem, solum filio & non sibi prouidere uoluit, hanc ob causam lex non interpretatur, ut ea dispositio ualeat in uim fideicõmissi, uulgaris quippe cũ possibile esset eã interpretationem contra mentem testantis fieri, id quod lex nequaquam facere uoluit l.nam hoc iure.ff.de uulg. & pupil. Nec potest dici uulgare fideicõmissum sub expressa pupillari contineri: hoc enim est à uero prorsus alienum, cum uerba pupillaris, non sunt apta complecti fideicommissum, ut cuique paulo humaniori patere potest, & hoc modo intelligitur tex in.d.§. extraneo. Insti. de pupil. Secus si fiat compendiosa filio puberi, tunc enim post aditam hæreditatem iure fideicommissi uulgaris ualebit. in compendiosa enim ut sæpius dictum est, etiam fideicommissaria continetur, non enim uerba ipsa repugnant, imo sunt ad eam complectendam omnino accõmodata. Aut secundo, quis facit pupillarem formulam filio impuberi, & sic apparet testatorem uelle filio prouidere, si ea ut pupillaris ualere non potest, uel quia facta est à matre, uel facta est fortasse in codicillis, & tunc ualebit iure fideicommissi pupillaris, dummodo filius moriatur impubes. Et ratio est, quia lex benigna eius interpretatione existimat testatorem uoluisse filio, non solum directe ut expressit, sed etiam per fideicõmissum prospicere. pietas enim patris consilium pro liberis capit.l. nec in ea.ff.ad.l.Iul. de adult. & ita procedat tex. in.d.l.Scæuola.ff.ad Trebel. ubi substitutio pupillaris, quæ non potuit ualere ut pupillaris, benigna interpretatione ualet, ut fideicommissum pupillare: quod quidem adueniente pubertate euanescit, ut dictum est & hoc ex mente Bar. colligitur in.d.l. Scæuola.

Finis libri quarti.



D. VACONII A VACVNA

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

Liber quintus.

Summarium

1 *Rubrica, & titulus, quid.*
2 *Pacti & pollicitationis differentia. & nu.4.*
3 *Pollicitatio fit praesenti. & habet duorum consensum.*
5 *Pacti & stipulationis differentia.*
6 *Pactum, uti genus, diuiditur in tres species.*
7 *Conuentionis duae species.*
8 *Pactum uti genus subalternum, aliud tacitum, aliud expressum.*
9 *Item in plures nominatorum contractuum species diuiditur.*
10 *Emptio & uenditio dicitur contrahi per stipulationem.*
11 *Et an sit unus, uel duo contractus.*
12 *§.fin.l.si stipuler ff.de uerb.obl.*
13 *Pollicitatio uti genus subalternum diuiditur in plures species contractuum nominatorum.*
14 *Emptio, locatio, & depositum dicitur contrahi pollicitationem.*

LXV. DECLARATIO Pacti, pollicitationis, & stipulationis.



VAERI solitum est, in quo pactum à pollicitatione differat: scribentes in tit. de uerb. obli. Titulum hic appello, id quod doctores minus latine rubricam nominant: ru-
1 brica † enim est terra rubei coloris, & minio proxima. sed quia leges, & tituli, & capita, hac rubrica notabantur (erant.n.literæ titulorum rubeæ,) ideo doctores fortasse rubricam titulos appellarunt: sed qui latinè loquitur titulum appellant: est enim titulus cuiuscunq; operis index. hic operi super scribitur, qui uel qualitatem, uel materiam operis ostendit. unde Ouidius, scripturus de remedijs contra amorem, scripsit in principio, de amoris remedio, deinde subdit.

Legerat

Legerat huius amor titulum, nomenque libelli,
Bella mihi uideo, bella parantur ait.

Vocat igitur titulum, id quod doctores nostri rubricam appellant. & Iureconſ.in.l.1.ff.ſi cert.pet.ibi,multa iura, ſub hoc titulo prætor inſeruit. hoc eſt ſub illa ſuperſcriptione,de rebus creditis.Doctores inquam
2 in.d.tit.dicunt,† pactum à pollicitatione,in hoc differre, quod pactũ eſt duorũ conſenſus,atque conuentio. pollicitatio uerò, offerentis ſolius promiſſum.l. pactum .ff. de polli. In hoc nemo eſt,qui eis non aſſentiatur. ſunt enim Vlpani diffinitiones. ſed dum poſtea ſubdunt, pollicitationem eſſe promiſſum, quod abſenti citra nuncium uel epiſtolam fit, in hoc ab eis omnino diſſentio. illi enim dicunt pollicitationem fieri abſenti, quia ſi præſenti, & tacenti promitteretur, non eſſet pollicitatio, ſed pactum, propter duorum conſenſum: unus enim, hoc eſt promitiens expreſſe conſentit. alter uero, hoc eſt tacens, & præſens, tacitè conſentit, igitur duorum conſenſus, & ſic pactum. d.l. pactum. Collige igitur ex doctorum ſententia, has duas concluſiones. Pollicitatio eſt promiſſum factum ab ſenti,ſine epiſtola & nuncio.Pactũ eſt promiſſum factum præſenti, ſiue expreſſe ſiue tacite acceptanti,uel abſenti per epiſtolam uel per nuntium, abſenti inquam & acceptanti, ita ut ſit duorum conſenſus. Hæc Docto. ſententia mihi nunquam ſatisfecit. dicunt enim ipſi, pollicitationem fieri abſenti, ne duorum conſenſus in ea appareat, ut à pacto differat. ſed dicant obſecro:
3 nõ ne & † pollicitatio fit præſenti?l. ex pollicitatione.ff.eo. ubi Modeſtinus ait,ex pollicitatione, quam quis apud rem publicam, ob honorem fecit. &c. ſi apud rem publicam, ergo præſenti: dictio enim apud præſentiam denotat. imò pollicitatio non poteſt fieri abſenti, ut aperte oſtendit Vlpianus in.l.Charidemus.ff. de polli. ſi eam legem ſine cauillo interpretemur, & gloſ. ibi ita intelligit,dum citat pro ſimili.§. itẽ uerborum.Inſt.de inutil.ſtip. Si quis igitur pollicitus fuerit reipub.opus ſe facturũ, ob honorem ſibi decretum,uel decernendum, uel ob aliam iuſtam cauſam, nonne ex pollicitatione obligatur? obligatur profectò; l.1.ff. de pollic. pone nunc quempiam abſentem [ut uolunt Doc.] pollicitum fuiſſe republicæ nonne res publica cum hoc reſciuerit, uelitque debitum exigere [quod poteſt.d.l.pactum.ff. de polli.] conſentit? conſentit utique, alioqui non exigeret. quo nam igitur pacto res publica exigeret, niſi conſentiret? ſi conſentit, ergo eſt duorum conſenſus, & ideo a pacto non differret ſecundum doc. Quod autem pollicitatio habeat duorum conſenſum ita oſtenditur, mandatum habet in ſe conuentionem: nullus enim eſt contractus, qui in ſe conuentionem nõ habeat.l.1.§.1.ff. de pac. ſi conuentionem,ergo duorũ conſenſum,ut ibidem manifeſtum eſt, mandatũ enim duorum conſenſu fit. Inſt. de oblig. quæ ex conſenſ. naſc. in prin. Aut igitur quis præſens mandat præſenti,& acceptanti, aut per nũcium, uel per epiſtolam abſenti, & itidem acceptanti, & interdum mandato ſalarium conſtituitur,quod ſi eſt certum,re ſaltem in genere, peti poteſt.l. ſalarium. & ibi gloſ. ff.mandat. pone nunc Titium mandaſſe Sẽpronio,ut negotium ſuum gereret,eique ſalatiũ certum pollicitum fuiſſe, poterit plane à Sempronio diligenter perfecto negotio,ſalarium peti.l.qui mutuam.§.ſalarium. ff.mand. ubi Papinianus in hæc uerba ait. ſalarium incertæ pollicitationes neque extra ordinem recte petitur,neque iudicio mãdari, ut conſtituatur, ergo ſi eſſet ſalarium certæ pollicitationis recte peteretur.d.l.ſalarium,iuncta gloſ.ſi igitur is, cui mandatũ eſt,petit, ſine dubio conſentit,eſt igitur pollicitatio duorum in idem conſenſus. conſentit enim is qui pollicitus fuit, certum ſalarium.conſentit etiã is cui mandatum eſt,acceptauit enim mandatum,cum illa certi ſalarij pollicitatione patet itaque ibi pollicitationem habere duorum conſenſum. Prætetea pollicitationem habere duorum conſenſum, huiuſmodi oſtenditur argumento: omne promiſſum ex quo naſcitur obligatio habet duorum conſenſum, hoc patet ex uerbis Pedij Iuriſconſ.in.l.1.ff. de pact. ubi ait,nullã eſſe obligationẽ, quæ non habeat in ſe conuentionem, & conſequenter duorum conſenſum. ſed pollicitatio eſt promiſſum

missum ex quo nascitur obligatio.l.1.ff. de poll. obligatur enim quis, rei publicæ ex pollicitatione.d.l.pactum:ergo pollicitatio habet duorum in idem consensum. Item omnis obligatio uel nascitur ex contractu uel quasi, uel ex maleficio uel quasi. Inst. de obl.quæ ex del.nasc.ex pollicitatione nascitur obligatio.l.1. &.l. ex pollicitatione. ff.de poll.quæ aut nascitur ex contractu uel quasi, aut ex maleficio uel quasi: ex maleficio autem non nascitur, nec ex quasi, restat ut nascatur ex contractu uel quasi, & consequenter pollicitatio est contractus uel quasi, si ita est, prout est, necessario habet duorum consensum, nullus enim est contractus, quin habeat conuentionem, & sic duorum consensum.l.1 ff. de pact. Ex supradictis manifestum fit, pollicitationem habere duorum consensum, & ideo à pacto non distat, eo modo ut uolunt doc. differt tamen cum sint diuersæ eorum diffinitiones. Quamobrem dicas tu pactum in hoc solo à pollicitatione differre: quod pactum est quando quis promittit alicui roganti, ut puta si Titius dicat, Meui promittis mihi equum? Meuius uero respondeat, promitto, seu spondeo.

Quod autem pactum hoc modo fiat, Vlpianus in.l.iurisgentium.§. quod fere.ff. de pac. apertè ostendit dicens,rogauit Titius, spopondit Meuius: hæc uerba inquit ipse, non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. nota accurate illam dictionem,non tantum, quæ demonstrat minus dubitandum esse, illa uerba accipi loco pactionis,quam stipulationis: ea enim est illius dictionis uirtus, ut iungatur cum eo, de quo minus dubij est. exempli causa,non tantum funderem pro te pecuniam sed etiam sanguinem: minus dubij est, ut quis pro amico potius pecuniam: quam sanguinem fundat. uide Laurentium Vallam.

Ex illo itaque tex. satis clare constat,
4 †pactum tunc esse. quandoquis aliquo rogante spondet: pollicitatio uero, quando quis sponte sua offert, seu promittit alicui non roganti. ueluti si Titius ita dicat, Meui promitto tibi seu polliceor, me daturum tibi librum si mihi lectionem legeris, si Meuius acceptet, legatque lectionem, tunc Titius ex pollicitatione obligatur. Confirmant hoc grammatici, dum aiunt pollicemur sponte siue ultro, promittimus uero rogari. Quod autem ita inter se pactum & pollicitatio differant, probat.l.1. iuncta glos.C. de iur. doti. ubi euicta re, in dotem marito data, gener quærebat, an posset contra socerum de euictione agere? respondet Imperator, posse utique agi, si pollicitatio, uel promissio fuerit interposita. glos. exponens ait, pollicitatio sine interrogatione præcedente: promissio uero, interrogatione præcedente efficitur. Vides igitur quam clare glos. aperiat pactum à pollicitatione, ita ut dictum est differre. Concludo igitur pactum esse promissum factum alicui roganti: pollicitationem uero promissum factum alicui non roganti. Hanc differentiam ut uidisti, clare colligitur ex.d.§. quod fere. & ex.d. glos. in.d.l.1.C.de iur.dot.

Sed dicet quispiam, si pactum est promissum factum præcedente interrogatione, in
5 quo differt a stipulatione? Responde † tam pactum,quam stipulationem non contrahi, nisi aliquo interrogante, & in hoc conueniunt:sed stipulatio in hoc differt à pacto, quod hæc non potest concipi nisi utroque loquente, & ideo neque mutus, neque surdus,neque absens stipulationem contrahere possunt.l.1.ff.de uerb.oblig. At pactũ potest nutu effici, & cõsequenter à surdo & à muto.Inst. de oblig. quæ ex cons. nasc.§.1. potest etiam fieri absenti per epistolam uel per nuncium.l.qui autem.§.fi.ff. de cõsti.pecu. semper tamen requiritur, ut quis puta Titius prius roget quicquam sibi dari uel fieri, roget inquam uel uerbis si loqui potest uel nutu si surdus, uel per epistolam seu nuntium si absens est, deinde Meuius eodem modo promittat, & in hoc hodie distat pactum a stipulatione: olim uero aliter distabat, quia stipulatio contrahebatur per uerba quædam solennia.§.1.Institit. de uerbo.oblig.pactum uero quibuscunque uerbis concipi poterat, & etiam nutu.

Et ut facillius hæc intelligantur, animaduertendum est, quemadmodum adoptio capitur ut genus. Institu. de adopt. in princ. & in duas diuiditur species, una est

una est quæ dicitur arrogatio, quando adoptatur is qui est sui iuris. Altera quando adoptatur is qui est in patris potestate, & hæc nomine generis adoptio uocatur. Ita
6 † pactum acceptum uti genus, in tres diuidatur species. una est quando præsens præsenti, interrogantique uerbis promittit, uerbis inquam olim solemnibus, hodie quibuscunque, & hæc dicitur stipulatio. Instit. de uerbo. oblig. In princ. omni enim stipulationi, inest pactum uti genus. l. 1. §. 1. ff. de pact. ualet enim argumentum, est stipulatio, ergo pactum: sed non è contrario, sicut dicimus de specie, & genere. ergo stipulatio est species pacti. Secunda est species, quando quis præsens, alicui non interrogāti tamen præsenti promittit, & hæc species dicitur pollicitatio, huic etiam speciei inest pactum, uti genus, omnis enim pollicitatio ex nostra sententia est pactum, sed non è contrario. Tertia est species, quando quis præsens uerbis seu nutu promittit alicui interroganti acceptantiq; uel quando absens absenti per epistolam seu nuncium promittit: & hæc species non habet proprium nomen, sed appellatur pactum nomine sui generis, sicut dictum est de adoptione. huiusmodi autem pactum quæ est species, differt a pollicitatione & stipulatione, eo modo quo supra ostensum est.

Et quia dictum est supra, pactum esse duorum plurium ue in idem consensu. ut ait Iureconsul. in. l. 1. de pac. quidam audaciunculi, huic diffinitioni ita aduersantur. aiunt enim diffinitionem, quæ competit alij quam diffinitio, non esse bonam, sed hæc competit alij, ergo &c. pone enim in quiunt ipsi, duos iudices in unam sententiam, uel duos disceptantes in unam opinionem conuenire. & ita est duorum in idem consensus: item in stipulatione est duorum consensus, cum in ea insit conuentio. l. 1. ff. de pact. & tamen non est pactum. Sunt profectò isti impudentes, quos non pudet Iureconsulto aduersari, & putant se aliquid dicere, cum nihil dicant, igitur
7 pro declaratione sciendum est, † conuentionis uerbum capi ut genus supremum, quod in duas species diuiditur. Vna enim est, quæ fit animo & corpore, ueluti cum duo ex diuersis locis in unum conueniunt. Altera est, quæ solo animo efficitur, & hæc est tanquam genus subalternum, cuius duæ sunt species: una est, quando duo conueniunt in unam rem, quæ non est, nec danda, nec facienda alteri, sicuti quando duo iudices in unam sententiam, uel duo disceptantes in unam conueniunt opinionem, horum enim in unam rem consensus, una est conuentionis species, non tamen est pactum: & sic tollitur argumentum illorum audaciunculorum. concedendum est enim duorum consensum inesse huic speciei, ueluti genus. Altera est species, quando duo conueniunt in unam rem, quæ danda est, uel facienda alteri ipsorum, & hæc dicitur pactum, de quo in tit. de pact. Hoc autem
8 † pactum subdiuiditur, uti subalternum genus. aliud enim est tacitum: aliud autem expressum. tacitum est, quando in unam rem tacite duorum consensus concurrit. l. qui patitur. ff. mand. exempli causa, Titius mandat Fabio, ut credat centum Sempronio præsenti, qui Sempronius non mandauerat expressè Titio, ut mandaret illud Fabio, sed quia Sempronius patiebatur Titiū mandare Fabio, intelligitur ipse mandasse Titio, ut ita mandaret Fabio, & sic inter Sempronium & Titium est tacitum mandatum, & consequenter tacitum pactum. & hic est casus. l. qui patitur, in cuius intelligentia nonnulli aberrant. Expressum uero pactum est, quando uerbis expressis consentitur. & hoc in tres species distribuitur una est pactum, quæ est species pacti in genere, sicut adoptio, species adoptionis in genere, ut dictum est. Altera est stipulatio. Tertia pollicitatio. Additur quarta quod
9 est constitutum. Rursus † pactum in specie acceptum, uelut genus (ut Dialectici aiunt) subalternum in plures contractuum species diuiditur, & in proprium cuiusque nomen transit. ueluti si Titius dicat, Fabi, uendis mihi fundum tuum gabinianum centum? Fabius respondeat uendo: hæc pacti species, proprio nomine appellatur emptio & uenditio, habetque duorum consensum, ergo & pactum. ff. de polli. potest enim hoc modo argumentum duci, est emptio & uenditio, ergo est duorum consensus.

ius Insti.de obli. quæ ex conf. naf. in prin. si duorum consensus ergo & pactum.l.1.ff. de pac.&.d.l.pactum. Item si Titius dicat Fabi,locas mihi fundum tuum decem, uno quoque anno? ac ille dicat loco: hæc est pa cti species, quæ locatio & conductio uocatur. Idem dicendum est de commodato, & deposito, cæterisque similibus contractibus.

Et si diceres, nonne huiusmodi conuentiones, sunt stipulationes? respondeo, ut iureconf. respondent in.d l. iurisgentium.§. quod fere.ff.de pact. ubi ait, rogauit Titius, spopondit Meuius, non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. ita in exemplis supra positis illæ conuentiones,& pactioni & stipulationi accommodari possunt. nam si inter absentes, per epistolam, uel per nuncium fiant, uel nutu, uel ex interuallo inter præsentes, erunt profecto pactiones, quæ in proprium nomen cõtractus transeunt. at si uerbis, & inter præsentes concipiantur. poterunt etiam dici stipulationes, erunt tamen pacti species, nam & stipulatio est pacti species, ut dictũ est. Sed in superioribus exemplis, stipulatio transit in proprium nomen contractus: di-
10 cetur† itaquod emptio,& uenditio, locatio, & conductio contracta per stipulationem, quibus etiam pactum, tanquam superius genus inest: quemadmodum corpus animatum sensibile inest homini, uti speciei, ualet enim est homo, ergo est corpus animatum sensibile, corpus enim animatum sensibile, dicitur de animali, animal uero de homine,& consequenter corpus animatum sensibile, de homine dicitur, seu(ut aiunt) prædicatur. Ita in proposito pactum inest stipulationi.l.1.§.1.ff. de pac. stipulatio inest emptioni,& uenditioni, ita ut in superiori exemplo contractæ, ergo & pactum inest uenditioni. Et dictæ conuentiones, quæ in proprium contractus nomen transeunt, obligationem & consequenter actionem pariunt.d.l.iurisgentium. pariunt inquam ei, qui ex parte sua adimpleuit, saltem per oblationem re, non uerbis, factam.l. Iulianus.§. offerri.ff.de actio.emp.de quo supra in actionum declaratione, plenè dictum est, ibi si libitum fuerit uideto.

Quærebant moderni Perusini, ut refert Soc.in tit. seu ut aiunt rubrica, de uerb.obli
11 ga. col.8.† nunquid si contractus iurisgentium nominati fiant per uerba eis conuenientia, præcedente interrogatione, & secuta responsione, seruata forma stipulationis, puta si Iulius dicat, Fabi uendis mihi fundum decem? Fabius respondeat uendo, nunquid dicatur nedum contractus uenditionis, sed etiam stipulationis, & consequenter duo contractus? in hac quæstione uarij, uaria dixere, ut refert ibi Soc. quibus omissis, dicas eiusmodi contractum esse unum, & id quærere, est perinde ac si quæras, nunquid emptio, & uenditio facta per conuentionem seu pactum, sint duo contractus, hoc est conuentio per se, & emptio & uenditio per se: uel nunquid homo, & animal sint duæ res, uel una: in quo dicendum est, quẽadmodum homo & animal quod homini inest una est substantia & non duæ, & quemadmodum emptio & uenditio, & pactum quod uti genus illi inest.l.1.ff.de pac. est unus contractus, & non duo, [nemo enim auderet dicere, pactum,& uenditionem esse duas separatas conuentiones, pactum scilicet per se, & emptionem & uenditionem per se] pactum enim seu conuentio inest emptioni & uenditioni, quod si ab eis separetur nec emptio, nec uenditio est, quemadmodum animal inest homini, uti genus, quo remoto, non diceretur homo: ita si dico uendis mihi fundum decem? tu respondeas uendo, ex his uerbis componitur una substantia, quæ est uenditio, cui inest stipulatio tanquam genus, ut diximus. Et quamuis hæc emptio & uenditio composita sit per stipulationem, non tamen appellatur stipulatio, sed emptio & uenditio à forma finali, à qua res appellatur, ut dicit Bar. in trac. de alueo.§.si quid. exempli causa, domus est composita ex tecto, pariete, & solo, tamen non sunt tres res, sed una est substantia, quæ à forma finali appellatur domus,& licet ibi sint plures formæ, hoc est forma parietis, & forma tecti, non tamen considerantur per se, cum hæc fiant propter aliam formam introducendam.l. eum qui ædes.ff.de usucap. sunt enim ueluti media ad finem. Ita ad propositum, licet hæc uerba uenditionis uideantur habere stipulationis for-

nis formam, tamen non considerantur, ut stipulatio de per se, cum tendant ad aliam finalem formam inducendam, quæ est emptio & uenditio, quod patet ex certo precio, quod est de forma, & substantia emptionis & uenditionis. §. precium. Instit. de emptio. & uend. & sic spectanda est forma finalis, non autem res medias per quas finalis forma inducitur. Vna igitur est res, licet cōposita ex duabus, quemadmodū una est domus, licet cōposita ex pluribus formis dicetur; emptio & uenditio contracta per stipulationem ut supra dictum est: quæ quidem uenditio habet duas partes, habet interrogationem, dum dicitur uendis mihi fundum decem? & habet responsionem dum ais uendo, & hæ partes dicuntur integrantes, integrant enim seu faciunt unum totum, quæ est emptio & uenditio, quemadmodum paries & tectum ut diximus, faciunt domum. Et quemadmodum separatis tecto, pariete, & solo ex quibus constat domus nihil remanet, & ita non est amplius domus. d. l. eum qui ædes. ita separata interrogatione & responsione, ab huiusmodi emptionis & uenditionis contractu, nihil remanet, & sic non est uenditio, quamobrē non sunt duo contractus essent enim duæ substantiæ. l. obligationem substantia, de actio & oblig. & consequenter uno contractu separato, remaneret alius quod in casu nostro nequaquam est. Quamobrem dicas emptionem & uenditionem, locationē & conductionem posse contrahi & uerbis & consensu simul, & consensu tantum, uerbis & consensu contrahitur, quādo præsens præsentem uerbis interogat inquiens uendis mihi fundum centum? tu respondeas uendo, dicitur emptio contracta uerbis simul & consensu, hoc est per stipulationem: si uero non respondeat uerbis, sed nutu, uel per epistolam, uel per nuncium, dicetur emptio & uenditio contractu consensu solo, hoc est per pactum, ut superius diximus. & est una tantum compositio, quæ non est mera stipulatio, cum in stipulatione non requiratur pretium, erit igitur emptio & uenditio, cui stipulatio inest, uti genus, ut sæpius dictum est. At si emptio & uenditio post quam est contracta, deducatur in stipulationem, non animo nouandi, erunt profecto duo contractus, hoc est emptio & uenditio prius facta, item & stipulatio in quam deducta est emptio, & uenditio, exempli causa, si dicam uendo tibi equum centum, tu dicas emo centum, deinde stipulatus sum à te mihi dari centum, & tu contra stipulatus es a me tibi dari equum, & si hæc ita facta non essent, uiginti nomine pœnæ promissa sunt, in hoc casu erunt duo contractus, & ego porero aduersus te agere ad pretium, tam ex uendito quam ex stipulatione, tu e contrario aduersus me ad æquum, tam ex empto, quam stipulatione agere, poteris. l. duo societatem. ff. pro socio.

Ex his perspicuum est, emptionem & uenditionem interdum fieri per stipulationem, & tunc erit unus contractus, hoc est emptio & uenditio, & ex eo solo agi potest: interdum facta prius emptione & uenditione subiungitur stipulatio, non tamen animo nouandi, in quam deducitur, id quod in emptione & uenditione actū est, & tunc sine dubio erunt duo contractus, hoc est emptio & uenditio prius facta, & stipulatio deinde subiecta, & ex utroque agi potest. d. l. duo societatem, & in hoc casu loquitur Bar. in. l singularia. ff. si cer. peta.

12 Nec obstat huic conclusioni † tex. in. l si stipuler. §. fi. ff de uerb. obl. ubi dicit Soc. à contrario sensus probari esse duos contractus, emptionem & uenditionem, scilicet, & stipulationem. dicit enim ibi Iureconsf. si in uendendo, uel in locando ad interrogationem quis non responderit, puta ut dicit glos. uel quia non uerbis expressis, uel quia non incontinenti, ualet ut locatio, & uenditio. ergo à contrario manifeste uult illa litera, quod si responsum esset ad interrogationem ut stipulatio profecto ualeret. Omissa responsione quæ à recentioribus Perusinis datur, dicas tu, emptionem & uenditionem, locationem & conductionem, posse & per stipulationem & per pactum, hoc est solo consensu effici. & etiam per pollicitationem, ut supra demonstratum est: nam si Iulius præsens dicat Fabio præsenti, Fabi uendis mihi fundum tuum centum? Fabius respondeat incontinenti uerbis.

ti uerbis expressis, uendo, dicetur emptio & uenditio per stipulationem facta. At si Fabius, non uerbis sed nutu, uel si uerbis non tamen in continenti respondeat, uendo, ualet emptio & uenditio, non tamen dicetur contracta per stipulationem, sed pacto, hoc est consensu: emptio enim & uenditio bifariam contrahi potest, ut dictum est, per stipulationem scilicet, & per pactum, & hoc modo dicit text. in.d. §.fi.dum ait, quia hi contractus, non tam uerbis. quam consensu confirmantur, uerbis hoc est per stipulationem, consensu, hoc est per pactum sine stipulatione. Nec ualet quod dicit Soc. si fuisset ad interrogationem responsum à contrario sensu, ualeret ut emptio & stipulatio: imò si fuisset responsum ad interrogationem ualeret, ut emptio & uenditio per stipulationem contracta, & esset duntaxat unus contractus, non autem duo ut supra demonstratum est. Adducit præterea text.in.l. singularia, qui nihil obstat. nam licet, ibi sint duo contractus, unus uerus expressus, alter uerò fictus a lege. nam si mando debitori meo ut det tibi pecuniam, hæc uerba inducunt mandatum, & non aliud: quare si debitor meus ex hoc mandato tibi det pecuniam, lex fingit eam a debitore meo mihi datam, & à me ad te profectam, & sic est mutuum inter me & te à lege præsumptum. & quemadmodum sunt duo actus, unus expressus, quo mando debitori meo, ut tibi soluat, & alter, quo lex præsumit a debitore meo pecuniam mihi datam, a me ad te profectam, ideo sunt Duo contractus, unus inductus a partibus, altera lege præsumptus: nos uero quærimus, an ex uno actu expresso, duo expressi contractus oriantur.

Nec obstat aliud Soc.argum. dum ait, a pari procedunt, stipulationem incontinenti apponi, uel simul cum ipso contractu celebrari, ea enim quæ incontinenti fiunt, inquit ipse uidentur in esse .l. lecta.ff. si certum peta. sed quando stipulatio apponitur incontinenti post contractum, duæ contractuum species oriuntur.d.l. duo societatem.ff. pro socio ergo hoc idem est, quando stipulatio incontinenti, in ipso contractu introducitur. Ad hoc responde, pactum posse apponi dupliciter, uno modo in ipsa conuentione seu contractu, ita ut sit pars conuentionis. exempli causa, uendo tibi ancillam meam, sub hoc pacto ne prostituatur.l.si quis ancillam, de contrahen. empt. hoc pactum conuentioni & contractui inest. At si dixero uendo tibi ancillam meam decem aureis, deinde incontinenti, hoc est antequam ad extraneos diuertat actus, dicam, cum hoc pacto, ne prostituatur, huiusmodi pactum in ipso contractu seu conuentione nō fit, sed postea, sed quia incontinenti est factum, conuentioni seu uenditioni inesse creditur, & in his terminis loquitur text.in.d.l.lecta. nos uero loquimur, quando per stipulationem contrahitur emptio, non quando stipulatio ponitur siue in ipso contractu uenditionis, siue post incontinenti, quo casu stipulatio stat per se, & duo sunt contractus, quando uero uenditio per stipulationem contrahitur, stipulatio non stat per se, nec sunt duo contractus per se, sed emptio & uenditio contracta, per stipulationem recte appellatur, ut sæpius iam dictum est. Adde quod si essent duo contractus, necessario essent duæ essentiæ, & duæ substantiæ, & consequenter duæ formæ, cum forma det esse rei.l. Iulianus. ff.ad exhiben. forma autem in rebus non naturalibus, non est nisi compositio, ordo, & figura partium, ut colligitur ex Bar. in tractatu de alueo.§.si quid in ult.col. Arist.1. Polit.& est tex.in.l.1.§. idem Pomponius. ff.depo. ubi erat solum una partium compositio, & ideo unus contractus, ait enim ibi Iureconsult. si mandauero tibi, ut rem acceptam custodias, [ecce una partium compositio,] mandati esse actionem, & non depositi, quia hic est primus contractus: ibi enim poterat esse mandatum, quia dixit, mando tibi, poterat esse depositum, quia dixit ut custodias rem, hæ enim formæ repugnantiam minimè habent, & tamen, quia non est nisi una uerborum compositio, & figura, non est nisi unus contractus. hoc. n. apertius probatur in.l.2.§.1.ff. loc ubi si conueni cum aurifice, ut ex auro suo mihi anulos faciat, & accipiat trecenta, huiusmodi uerba poterant inducere

locationem & conductionem, & emptionem,& uenditionem: & tamen Iureconsul tus ibi ait,placet unum esse negocium. dicas tu, hoc est unam formam, & sic unum contractum, idest emptionem & uenditionem. Ita in casu nostro, cum Iulius dixit, uendis mihi fundum centum,Fabius respondet uendo,licet ex interrogatione & responsione possit esse stipulatio, & ex pretio emptio & uenditio, tamen non erit nisi unus contractus, cum nō sit nisi una compositio, & figura partium. aut igitur erit stipulatio, aut uenditio: sed nemo est qui dica esse stipulationem tantum, erit igitur emptio & uenditio, hoc etiam patet in domo, cuius forma est partium concinna compositio, & figura.d.l.eum qui ædes.ff. de usucap. At in casu proposito, non est nisi una partium compositio, & figura: si non est nisi una cōpositio, non est nisi una forma: si non est nisi una forma, non est nisi unum esse rei & una substantia,cum quot formæ sunt,tot necessario sunt substantiæ & essentiæ, forma enim rei cui inest,& non alii dat esse: si igitur est una essentia & una substantia, ergo est unus contractus & non plures. Aut igitur est stipulatio sola: aut emptio sola per stipulationem contracta: stipulatio non est, cum certum pretium non sit de stipulationis forma, sed emptionis.§. pretium. Institu. de emptio & uendit. erit igitur emptio & uenditio, per stipulationem contracta.

13 Item † pollicitatio, uti pacti in genere sumpti,ut genus subalternum in plures diuiditur species, uidelicet in emptionem & uenditionem, locationem & conductionem, mandatum, depositum,& huiusmodi, nam † si,Fabius non rogatus à Titio

13 dicat, Titi uendo tibi fundum meum centum, Titius uero dicat,& ego emo, siue fiat uerbis,siue literis,siue nuncio, non refert, hæc erit emptio & uenditio contracta per pollicitationem: differt ab illo contractu per pollicitationem, differtque ab illo contractu, per pactum inito: in illa enim Titius rogauit Fabium, ut uenderet sibi fundum centum: in hac uero Fabius ultro offert se uenditurum fundum centum, merito igitur illa prima dicitur emptio & uenditio contracta per pactum, hæc autem per pollicitationem, in hoc enim differt pactum à pollicitatione, ut dictum est,in declar.65. Item si Fabius dicat,Titi loco tibi fundum meum centū, Titius respondeat & ego conduco, erit locatio & conductio per pollicitationem contracta. Itē si dicar, Titi depono penes te uestem meam, & Titius acceptet,erit depositum per pollicitationem initum,non autē per pactum. Et licet huiusmodi contractus dicantur initi per pollicitationem, continent tamen pactum in genere non in specie. si enim pactū uti genus,inest pollicitationi,ut dictum est, & pollicitatio inest emptioni & uenditioni,uti eius speciei,sequitur necessario pactū etiam ut genus, inesse emptioni & uenditioni. ualet enim, est emptio & uenditio per pollicitationem inita,ergo est pactum, quemadmodum corpus animatum sensibile dicitur de animali,animal uero de homine, & consequenter corpus animatum sensibile de homine. nam quicquid prædicatur de aliquo prædicatur de eo, de quo illud prædicatur. ualet enim est homo, ergo est animal. item, est homo, ergo & corpus animatum sensibile. ita in casu nostro est emptio & uenditio contracta per pollicitationem, ergo est pactum, cum pactum insit pollicitationi, uti genus. Hæc uolui de pacti speciebus summatim dicere: & de pacto quod in proprium nomen contractus transit.

Summarium

1 *Ex pacto in contractibus innominatis nascitur obligatio; & quæ sit ratio.*
2 *Et quando nascatur. & quæ sit ratio nu. 5.*
3 *Actio in contractibus nominatis quando nascatur.*
4 *Differentia inter nominatos, & innominatos contractus.*

LXVI. DECLARATIO contractus nominati, & innominati.

1 Caeterum quādo † pactum in specie, in aliud contractus nomē non transit, subest tamen causa, uti est in illis quatuor innominatis contractibus,

bus, de quibus in l. naturalis in prin. ff. de præscrip. uer. utputa, si Titius dixerit, Fabi uis dare mihi uestem, & tibi equum dabo. si Titius dederit equum, tunc ex huiusmodi pacto nascitur obligatio. d. l. iurisgentiũ, uers. sed & si. ff. de pac. Ratio est, quia si Titius dedit equum Fabio, & Fabius ei uestem non dederit. Titius esset in damno, Fabius uero in lucro, & ideo ut res ad æqualitatem, hoc est ad iustum redigatur, nascitur obligatio, & ex eo actio, qua à iudice, hoc est à iusto uiro, Fabius cogatur ad dandam Titio uestem, ut unusquisque eorum suum habeat, ne alter sit in lucro, alter uero in damno, quod est iniustum, ut 5. Ethi. & de hoc plene à nobis dictum est supra in declaratione actionum, ibi uideto. Et nota

2 ta † quod tunc dicitur subesse causa, quando altera ex partibus adimpleuit. illa enim adimpletio, est causa quamobrem nascatur obligatio, & consequenter actio, ratio autem supra appatet. Animaduerte obsecro

3 quia supra dixi ex † contractibus nominatis non dari actionem, nisi ei qui ex parte sua adimpleuit. saltem per oblationem re non uerbis factam, id quod uerum esse arbitror. per d. l. Iulianus. §. offerri. ff. de acti. emp. quæ rectè inspicienti hoc apertissime probat, dum ait, si partem pretij offerat, nõdum ex empto est actio, si nondum est, ergo non habet substantiam & essentiam, siue (ut aiunt) suum esse: uerbum enim est, significat substantiam & essentiam. si igitur actio nondum est, non habet essentiam, si non habet essentiam, ergo nondum est nata, quicquid enim est natum, necessario est, hoc est habet suum esse. Sed dicet quispiã si ita est, in quo nam dicemus contractus nominatos ab innominatis differre, si in utrisque implementum ad hoc ut agi possit necessarium est? Omissis quæ à docto. dicuntur,

4 dicas † in hoc ipso differre, quod ex contractibus nominatis, statim nascitur obligatio. Inst. de oblig. quæ ex cons. nasc. sed ea obligatio actionem non parit, nisi ei qui saltem per oblationem adimpleuit. d. §. offerri, & licet obligatio pariat actionem. l. licet. §. ea. ff. de procu. tamen non eum primum nata est, parit actionem, quemadmodum nec fœmina: fœmina. n. licet nata sit non tamen filium parere potest, nisi ex uiro conceperit, ita obligatio, licet sit nata, non tamen parit actionem, nisi conceperit, saltem ex oblatione. d. §. offerri. ratio autem est, quod soluto pretio, uel facta re ipsa oblatione, subest æquitas, ex qua, oblatio concipere potest actionem, moxque parere. At ex contractibus innominatis, antequam subsit causa, nec obligatio, nec actio nasci tur, propterea quod, non subest illa æquitas sed tunc nascitur obligatio, & ex ea statim actio, cum altera pars adimpleuerit, hoc est uel dederit, uel fecerit. d. l. iurisgentium. cum primum igitur in his orta est, obligatio,

5 parit actionem. Sed † quare in hisce innominatis non nascitur statim obligatio, quemadmodum in nominatis? respõ. quia in contractibus nominatis inest purus & simplex consensus, unde nasci potest obligatio. At in innominatis, non simplex & purus, sed respectiuus inest consensus, & ideo ante implementum non nascitur obligatio, interim enim alterutrius deficit consensus. arg. l. si. C. de non num. pecu. deficit enim consensus eius qui dedit & non accepit, hac enim spe dedit, ut acciperet.

Sed dicet quispiam, si in contractibus nominatis, statim nascitur obligatio, & non parit actionem, nisi secuto implemento saltẽ per oblationem realem, frustra nata esset, lex & natura nihil frustra operantur. l. hæc stipulatio. §. diuus. ff. ut leg. seu fideicom. no. ca. Aristo. 1. Polit? Ad hoc dicito, eam obligationem quamplurimum operari, facit enim ne sit locus pœnitentiæ. l. sicut. C. de actio. & oblig. nam in contractibus innominatis, in quibus non statim nascitur obligatio, est locus pœnitentiæ. l. si pecuniam. ff. de eond. ea. da. licet enim ei qui nihil accepit pœnitere. ratio, quod adhuc non est obligatus, sed postquam accepit cum sit obligatus, cum pœnitere amplius nequit.

Est itaq; hæc differentia, quod in contractibus nominatis, statim nascitur obligatio sed ex ea non oritur actio, nisi saltem re facta oblatione, quæ uim habet perfecti implementi. d. §. offerri. ex contractibus uero innominatis, nec obligatio, nec actio oritur, nisi ab alterutra parte, re ipsa conuentio impleatur

impleatur, quo facto statim & obligatio & actio ei qui impleuit nascitur.

Summarium

1 *Pactum cur aliud nudum, aliud uestitum. & numero 7.*
2 *Pactum nudum transit in constitutum, & ei in est uti genus.*
3 *Et cur pariat actionem.*
4 *Actio non nascitur ex geminatione, sed ex constituto.*
5 *Pactum geminatum quando dicatur.*
6 *Obligatio naturalis iure gentium actionem per ducebat.*
8 *Pactum nudum cur actionem non pariat.*
9 *§ prætor ait. l. iuris gentium ff. de pact. & cap. 1. & 3. ex eod. loquuntur de pactis uestitis.*
10 *Multa decere, ad quæ quis compelli non potest.*
11 *Pactum nudum in donatione, cur actionem pariat.*

LXVII. DECLARATIO pacti nudi.

Restat ut de pacto nudo iam tractemus, quod diximus esse unam pacti
1 speciem. solet igitur, quæri † quamobrem pactum, aliud nudum aliud uestitum dicatur? Et ut utrunque horum facile intelligatur. claris utendum est exemplis. quemadmodum igitur animal simpliciter sumptum, potest nudum dici à specie, & differentia, sed quia animal inest homini, potest illud animal dici uestitum hac specie hominis, & tunc magis propriè dicitur homo, quam animal, quamuis etiam animal dici queat. item animal inest equo, & dicitur animal uestitum hac specie equi. animal itaque per se sumptum dicitur nudum, adiunctum uero speciei, quippe illa specie uestitum dici potest. Ita, & de pacto dicendũ est, si quidem pactum uti genus inest emptioni, & uenditioni, uti speciei subiectæ, & hac specie uestitum dicitur magis proprie emptio & uenditio, quam pactum, licet pactum etiam dici possit, inest etiam pactum locationi & conductioni, & ea specie uestitum locatio & conductio nuncupatur. Inest prætetea, & aliis nominatis contractibus, uti speciebus, ei subiectis, ab illisq; nomen uestimentumque accipit. l. iurisgentium. ff. de pact. ibi, conuentio seu pactum, transit in proprium nomen contractus. Item inest pactum uti genus, quatuor illis innominatis contractibus, qui etiam pacti species dicuntur, illisque uestitur, quando scilicet altera pars adimpleuit. d. l. iurisgentium. §. 1. & his modis dicitur pactum uestitum, uestitum inquam suis speciebus, & differentijs, quæ loco formæ poni & capi possunt. Et quemadmodum prima materia potest dici nuda, cum sit sine forma, & si forma adsit dicitur uestita: ita pactum uti genus per se dicitur nudum, quando uerò adest differentia specifica, quæ est loco formæ, dicitur uestitum.

2 Item † pactum nudum transit in aliam speciem contractus, quod constitutum nominatur: est enim constitutum contractus nominatus, & sic habet proprium nomen, ut inquit Bar. in. l. iurisgentium. §. nuda pactio. ff. de pac. & ei inest pactum uti genus, quemadmodum animal inest homini. ualet enim est, constitutum, ergo pactum, quemadmodum est homo, ergo est animal. non tamen è contrario, non enim ualet est pactum, ergo est constitutum, potest enim esse alius contractus, uestitur itaque pactum hac specie contractus, quod appellatur constitutum. Nunc autem uidendum est,
3 † quomodo pactum, quod in constituto pariat actionem, cum sit uestitum hac specie contractus? & dicendum est, quòd quemadmodum pactum, quod inest emptioni, uenditioni, mandato, & similibus actionem parit, eo quod est uestitum illa contractus specie: nam quando pactum in suo nomine. s. generis non stat, sed transit in proprium nomen contractus, actionem parit. d. l. iurisgentium. ff. de pact. ratio est, quia specie illius contractus uestitum: ita est in constituto pactum non stat in suo nomine, sed transit in proprium nomen contractus nominati, ergo &c. constitutum enim est contractus nominatus, ut supradictum est, ergo est pactum uestitum, & consequenter parit actionem, ut apertissime probatur in d. l. iurisgentium. & licet ibi expresse non nominetur constitutum, tamen sub illis uerbis, cæteri ue similes contractus: sine dubio,

bio, continetur. Ex his perspicuum est, constitutum non esse pactum nudum. ducatur itaque hoc modo argumentum, pactum quod transit in proprium nomen contractus, non est nudum.d.l. iurisgentium. sed in casu nostro, pactum transit in proprium nomen contractus, quod appellatur constitutum, est enim contractus nominatus ut dictum, ergo pactum in constituto non est nudum. si non est nudum, ergo per se parit actionem, quemadmodum & mandatum.d.l.iurisgentium. Errant igitur, qui dicunt ex constituto nasci actionem ob pa-
4 ctorum geminationem. non † enim actio nascitur ex illa geminatione, sed ex constituto §.de pecunia.Inst.de actio.& .l.1.§.fi.ff. de const.pecu. Et licet constitutum non possit fieri, nisi præcedat aliquod debitum.l.1. §.fi.ff.de consti. pecu. oportet enim ab aliquo puta Titio deberi Fabio centum ex emptione, uel ex quocunque alio contractu. deinde Sempronius constituat se soluturũ dicta cẽtum Fabio, Sempronius tenetur Fabio ex hoc contractu, quod dicitur constitutum.d.§.de pecunia. non autem ex emptione & uenditione .d.§.fi. ergo ex constituto, non autem ex pacti geminatione. si enim teneretur ex geminatione, teneretur ex emptione facta a Titio, & ex constituto à se facto, & tamen tex.dicit constituendo tenetur. obligatus est igitur tam Titius quam Sempronius ad centum: Titius enim ex emptione, Sempronius uerò ex constituto, nõ autem ex geminatione. Præterea si attentè consideretur, in constituto non est pactum geminatum. nam si consideras primũ contractum factum à Titio, est solum pactũ & non geminatum: solus enim est contractus emptionis & uenditionis, semelque factus. si consideras pactum factum a Sempronio est etiam solum, semelque ab eo factũ,
5 non igitur est geminatum: tunc † enim diceretur pactum geminatũ, quãdo Sempronius bis, siue incontinenti, siue ex interuallo constitueret, se soluturum dicta centum Fabio, id quod minime factum est. Adde etiam, ex pacto nudo geminato non nasci actionem, licet nonnulli scribentium contrarium teneant. nã solum pactum nudum non parit actionem, & quia ut dictum est, non inest æquitas realis. Et ideo quemadmodũ punctus indiuisibilis, puncto adiunctus, nihil addit, nec rem diuisibilem facit: ita pactũ nudum quod non habet realem æquitatẽ, licet habet rationalem, quæ non est causa producendæ actionis, ut supra declaratum fuit, facto nudo adiuncto, nihil realis addit æquitatis, & consequenter non facit, ut nascatur obligatio. nam inutile, addito inutili, nõ facit utile. & hæc est uera ut arbitror ratio, quamobrem ex pacto geminato, non nascatur actio. Illa autem ratio quam refert Ias.in rub.de uer.obl.ff. non est admittenda ait.n.ipse, obligatio naturalis habet se ad actionis productionem, tanquam mater, ciuilis uerò tanquam pater. si ergo naturalis adiungatur naturali, est perinde ac si fœmina adiungetur fœminæ: & quemadmodum duæ fœminę non possent parere, ita nec duę naturales obligationes. hæc ille. Hoc mihi semper displicuit, nam ut in actionum
6 declaratione plenius diximus, † antequam esset ius ciuile, obligatio naturales ex contractibus iurisgentium producebat actionẽ .l.cum amplius.§.is naturam debet.ff. de regul.iur. ubi Iureconsultus in hæc uerba ait, is natura debet, facias ibi subdistinctionem, & postea accipias illa uerba, cuius fidem secuti sumus. deinde capias illa uerba, quæ iuregentium dare oportet. ex quibus uerbis manifestum est, ex naturali obligatione potuisse iuregentium quempiam ad dandum cogi. si poterat cogi, ergo erat obligatus naturaliter, ex eaq; obligatione nascebatur actio, qua debitor in iudicio iurisgentium astringi poterat. Quocirca illa obligatio naturalis, antequam esset ciuilis, quæ longo tempore post fuit inuenta, pariebat actionem, & non miraculosè, ut aiunt Doct. Miraculum enim est quod raro fit, illa uero passim inter omnes gentes ex eo iure pariebat actionem. uide obsecro plenius hanc materiam supra in declaratione 32. Nunc re-
7 petentes ita dicamus, † quando pactum non inest alicui speciei, sed per se stat in puris simplicibusque conuentionis finibus, hoc est quia non transit in aliquam contractus speciem, dicitur prorsus nudum, hoc est nec specie aliqua, nec differentia uestitum. Exempli causa, si Fabius ita interrogat,

rogat, Iuli promittis mihi equum? Iulius uero non uerbis, sed nutu, alijsque signis promittat, uel si Iulius Fabio absenti, rogantique per epistolam seu nuncium promittat equum, his casibus & Iulij & Fabij, inest cō uentio, & per consequens pactum. l. 1. ff. de pact. sed quia huiusmodi pactum non transit in propriam alicuius contractus speciem, dicitur nudum, atque ita nudum sine ueste adeo frigescit, ut concipere minime possit. nam sine calore nihil concipitur. si non concipit, consequenter non parit. d. l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact.

8 Sed audi rationem obsecro, † quamobrem pactum nudum actionem non pariat. Actio est ius persequendi in iudicio &c. Instit. de acti. iudicium est iudicatio iusti & iniusti. Aristo. 5. Eth. ubi igitur non est iudicium, non est actio. & iudicium non est, nisi ubi est controuersia: Est enim iudicium iusti & iniusti dijudicatio, controuersia uero tunc nascitur, cum unus est in lucro, alter in dāno, & quando hoc fit, tunc recurritur ad iudicem, tanquam ad iustum uiuum, qui rem ad æqualitatem redigat 5. Ethic. ubi igitur non potest iri ad iudicem, ibi non est actio. Pone itaque Titium à Fabio ita rogasse, Fabi mi promittes mihi equum tuum? Fabius uero nutu promittat. si deinde Titius uelit à Fabio equum petere, non habet actionē, propterea quòd nulla est iniquitas: non. n. Titius est in damno, Fabius in lucro, cum Titius nihil dederit. si non est in damno, quo nam pacto conqueri potest? & qua ratione petet à iudice, ut rem ad æqualitatem redigat, cum nulla sit inæqualitas? si non potest itaque à iudice petere, ut rem ad æqualitatem redigat, non erit in iudicio: iudicium enim sine iudice esse non potest. c. forus. de uerbo. signifi. si non potest esse in iudicio, quod est iusti & iniusti dijudicatio, non potest actionem intentare, actio enim ut dictum est, ius est persequendi in iudicio &c. & hanc puto ueram esse rationem quamobrem pactum nudum non pariat a-

9 ctionem. & de hoc pacto † non loquitur tex. l. iuris gentium. §. prætor ait. ff. de pact. ubi Quærit ingeniosus Bar. quamobrem pacta nuda nō producant actionem, cum Prætor dicat, pacta seruabo. si pacta seruabit, ergo tam nuda quam uestita? ubi enim lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. l. de pretio. ff. de publi. act. Bar. ibi dicit, nescio soluere. Tu uero dicas ibi, pacta accipi oportere solum pro pactis uestitis, propterea quòd pro pactis nudis nemo it ad prætorem. non enim itur ad prætorem, & sic ad iustum uiuum, nisi quando unus est in damno, alter in lucro, ut paulo ante declaratum est. loquitur itaque prætor ibi de pactis uestitis, in quibus si pars adimpleuerit est in damno, quo casu ut dictum est, recurrit ad prætorem, coramque eo exponit se aliquid fecisse uel dedisse alteri, ratione pacti, ille uero pactum nequaquam seruat, unde fit ut ipse sit in damno, pars uero in lucro, petit igitur à prætore, ut cogat illum seruare pacta, tunc prætor ait, pacta seruabo, hoc est seruari faciam. loquitur itaque ille. §. de pactis uestitis. & ita etiam intelligi potest cap. primum & tertium. extra de pact. licet scribentes dicant ea capitula loqui de pactis nudis. uolunt enim ex pacto nudo, iure canonico actionem nasci, sed melius est ut intelligantur de pactis uestitis. & hoc innuit tex. c. 1. dum ait, suam obtineāt firmitatem: ergo habebant firmitatem, quā firmitatem Pontifex iubet seruari. si habebant suam firmitatem, ergo non erant nuda. est tamen communis opinio, ex pacto nudo iure canonico nasci actionē, id quod non approbarem. At si Titius dixisset, Fabi, promittis mihi dare equum, & ego dabo tibi uestem: si Titius dedisset Fabio uestem, & sic pactum esset uestitum, cum subit causa ut. d. l. iurisgentium. §. 1. Fabius uero nollet dare equum, profectò Titius esset in damno, Fabius uero in lucro: qua re Titius posset ad iudicem, tanquam ad iustum animatum recurrere, ut rem ad æqualitatem redigeret, & consequenter cogeret Fabium ad dandam uestem. si potest hoc à iudice petere in iudicio, ergo habet actionem, cum sit ius persequendi in iudicio &c.

Dicet aliquis fortasse, nonne is qui promisit, tenetur seruare fidem, cum nihil humanæ fidei magis congruat, quam id quod promissum est seruari. l. 1. ff. de pact. cur igitur aduersus illum agi non potest? Dicas

10 † decere honestumque esse multa fieri, ad quæ

quæ quis compelli non poteſt. Exempli cauſa, decet naturaliterque tenemur monſtrari uiam erranti, lumen de lumine accendere, pati ab igne iguem capi, non prohibere aquam profluentem, conſilium fidele deliberanti dare, & quæ ſunt eiuſdem generis. hęc Cic. 1. offic. tenetur etiam natura ipſa, is qui beneficium accepit, in eum a quo accepit beneficium conferre. l. ſed & ſi lege. §. conſuluit. ff. de petitio. hære. Ariſt. 8. Ethic. & tamen ut id fiat, agi non poteſt. eiuſmodi enim naturæ obligatio non ea eſt, ut neceſſariò is qui ita debet aſtringi poſſit. d. l. iuris gentium. §. igitur nuda. Is igitur qui promiſit licet naturali ratione teneatur promiſſum ſeruare, cum ſit honeſtum, & ratio naturalis ſemper ad res honeſtas inuitat 2. Ethic. ſponte igitur ſua id ſeruare deberet, ut ſtudioſus ſine metu efficeretur, ſicut in heroicis temporibus fiebat, unde Ouidius.

Sponte ſua ſine lege fidem, rectumque colebant.

Tamen is cui promiſſum erat, non poterat aduerſus promiſſo rem agere, propterea quòd nihil ipſe fecit, nihilq; dedit, & ideo cũ nihil ab eo abſit, non poteſt iure ad iudicẽ ire, ab eoq; petere, ut rem ad æqualitatẽ redigat, cum ipſe non ſit in damno. nec eſt iuſtũ ut Titius habeat ueſtem a Fabio promiſſore, ipſe uerò contra nihil det faciat ue. ſi non poteſt igitur ire ad iudicem, non eſt in iudicio, iudicium enim eſt dijudicatio iuſti & iniuſti. 5. Ethic. ſi non poteſt eſſe in iudicio, non poteſt actionem intentare cum actio ſit ius perſequendi in iudicio &c. Inſt. de actio. in princip. Et hoc ipſum eſt, quod dici ſolet, pactum ſeu ſtipulationem ſine cauſa non ualere. l. cum de indebito in fin. & ibi not. ff. de proba. cauſa autem eſt, quando alter fecit, dedit ue alteri aliquid, & ita ex parte ſua adimpletum eſt: ſi contra alter neque fecerit, neque dederit quod promiſſum eſt, is qui prior dedit, fecit ue eſt in damno, hoc eſt minus habet quam in principio habebat, is uero cui datum uel factum eſt aliquid, eſt in lucro, hoc eſt plus habet in bonis quam in principio habebat: & ſic ut dictum eſt, qui in damno eſt, it ad iudicem, coramque eo petit, hoc eſt agit, [nam iſtud petere a iudice, nil aliud eſt quam in iudicio agere] ut res ab ipſo iudice ad æqualitatem redigatur, hoc eſt ut neuter ſit in damno, ſed ut quiſq; ius ſuum habeat. Ius autem ſuum tunc dicitur quis habere, quando neque plus neq; minus habet. quam principio habebat. Ariſto. in 5. Ethic. Hæc igitur eſt cauſa, quæ facit pactum & ſtipulationem ualere, hoc eſt obligationem & actionem ex pacto, ſeu ex ſtipulatione dari. At ſi Fabius ſponte ſua, ſciensque ad id cogi non poſſe, ſoluat ueſtem, deinde pœnitentia ductus uelit eam repetere, exceptione repelletur. d. §. igitur nuda. nam cum ſponte dederit, perinde eſt ac ſi donaſſet. l. cuius per errorem. ff. de reg. iur. Vel dicas ſi à te quæratur, quamobrẽ pactum nudum non parit actionem? & tu ab eodem quæras, quamobrem ante Auguſtum fideicommiſſa peti non poterant, hodie uero poſſunt? ipſe nil aliud reſpondere poterit, niſi quia nondum à ciuitate, uel Imperatore conſtitutum. Inſt. de fidei. hæred. Item quæras quamobrem ante hæredis inſtitutionem olim legari non poterat, hodie uero poteſt. §. ante hæredis inſtitutionem. Inſtit. de lega? quid ad hoc reſpondeat non habebit, niſi quia nondum erat conſtitutum ſeu ordinatum. Item cur ante Veſpaſiani Auguſti tempeſtatem, quarta ex fideicommiſſis retineri non poterat. §. ſed quia. Inſt. de fideicomm. hæred. nil aliud dici poteſt, quam quod conſtitutum non erat. Rurſus cur ante Auguſti tempora codicilli non ualebant. Inſt. de cod. nullam aliam ob cauſam, niſi quòd ordinatum ſeu conſtitutum non erat. Item quãobrem ante diui Claudij tempus mater non poterat filijs ſuccedere? quid aliud reſponderi poteſt, niſi quia nondum erat conſtitutũ. Item quamobrem ante Gallum Aquilium, poſthumus alienus inſtitui non poterat? nil aliud reſpõderi poteſt, niſi quia nondum a ciuitate, uel Imperatore, uel Iureconſulto conſtitutum fuerat, ſed poſtea à Gallo Aquilio ingenio ſe conſtitutum fuit, ab eoq; formula qua poſthumus alienus poſſet inſtitui compoſita fuit. l. Gallus. ff. de lib. & poſth. & ita dicendum in mille huiuſmodi. Eodẽ modo ſi quæratur cur ex pacto nudo non datur actio? reſpondendum eſt, ideo hoc fieri, quòd nec

a ciuitate, nec a principe est ordinatum seu constitutum, ut ex pacto nudo competat actio. Sed si dicas nonne ex pacto nudo in donatione datur actio? utique, propterea quod ita ab Imperatore constitutum est.l. si quis argentum.C.de dona, ius enim ciuile seu lex, quid aliud est nisi quod ciuitas seu princeps cõstituit.§. ius autem. Inst. de iu.na.ge.& ciu.& Arist.1.Polit. Et licet ius naturale semper & ubique eandm habeat uim: ius autẽ ciuile nõ semper est idẽ.§. sed naturalia. Inst. de iur. na.ge.& ci. & a principio nihil refert, sic, an aliter se habeat: cũ uero positũ fuerit, refert, seruarique debet. Arist.2. Ethi. potest enim legislator hoc modo, uel illo modo legem constituere.omnia enim. quæ a facultate ferendarum legũ sunt diffinita, legitima sunt:& horum unũ quodque iustum esse dicimus, si iustum, ergo seruandum. Arist.5.Eth. Sed si quæratur,
11 cur † magis constitutum est ex pacto nudo, in donatione oriri actionem, quam in alijs? dicas hac ratione fortasse factum esse, quod donatio fit ex liberalitate.l.1.ff. de dona. Liberalitas autem est uirtus moralis.3. Ethi. uirtus uero moralis facit bonum habentem, & ipsius opus reddit bonum.2.Ethi.& uoluntas legumlatoris est efficere bonos ciues. Arist. eodẽ libro. &.l.1 ff. de iust. & iur. Hanc ob causam Imperator uoluit ut is qui donare promittit, promissum seruare compellatur, ut studiosus efficiatur, opusque uirtutis exerceat, & si tibi melior occurrerit ratio, eam teneas, ego uero quam potui tibi demonstraui. Habes ex supradictis quamobrem pactum dicatur uestitum, & quamobrem pactum nudum non pariat actionem. Doc. tamen aliter sentiunt, tu tamen solerti tuo ingenio cui uis adhæreto.

Summarium

1 *Stipulatio iure ciuili introducta.*
2 *Testamentum an sit de iure gentium, uel ciuili. & quid de matrimonio nu.3.*
4 *Stipulatio cur potius a uerbis, quam a consensu denominetur. & nu 8.*
5 *Causa efficiens, materialis, formalis, & finalis in omni re.*
6 *In emptione & uenditione, materia & forma quæ sit. item & obligatio.*
7 *Et quid in locatione, societate, mandato, & alijs.*
9 *Item & in literarum obligatione.*
10 *Vel contractibus innominatis.*
11 *Contractus qui re contrahuntur differentiæ, ab eo qui rei interuentu.*
12 *An stipulatio contracta per epistolam inter præsentes ualeat.*
13 *Homini cur tantum datus est sermo.*
14 *Verbum mentale quid.*
15 *Cur stipulatio uerbis, quam literis constitutum est fieri uel saltem utroque.*
16 *Cur interrogatio debeat præcedere in stipulatione.*
17 *Contractus bonæ fidei, cur dicantur.*

LXVIII. DECLARATIO stipulationis.

Quærunt etiam scribentes in rubri-
1 ca de uerb. oblig. quo † iure introducta sit stipulatio? dicas tu, sine dubio ciuili iure introductam fuisse.§. de pecunia. Inst.de actio. &.l. ex hoc iure.ff. de iust. & iur. ubi Iureconsultus ait, emptiones uenditiones, locationes, & conductiones iuregentium fuisse introductas, cæterosque contractus, exceptis quibusdam. glos. ibi super uerbo quibusdam, dicit, uti est uerborum & literarum obligatio. Quod autem stipulatio fuerit omnino iure ciuili introducta, ita probatur: unaquæque res, eo iure est introducta à quo habet formã, sed stipulatio hab: t formam a iure ciuili, ergo a iure ciuili est introducta: Maior ita probatur, res antequam habeat formam, non est, cum forma det esse & nomen rei, nomen in quam appellatiuum.l. Iulianus.§. si quis.ff. ad exhiben. Bart. in tractatu de alueo. Minor ita ostenditur, forma stipulationis est uerborum solenniras. Inst. de uerb. oblig. §. 1.quam iure ciuili introductam esse nemo est qui neget: si quidem forma illa, hoc est uerborum solemnitas, cum nec iure naturali, nec iure gentium introducta sit, necessario iure ciuili constitutam esse fateri oportet. Sunt nonnulli qui hoc fatentur, dicũt tamen habuisse originem à iuregentiũ, id quod conantur ostendere: conuentio est de iuregentium.l. iurisgentium.ff. de pac. sed conuen-

conuentio inest stipulationi.l.1.ff.de pac.ergo stipulatio quo ad conuentionem originem à iure gentiū traxit. Pro solutione, ita dicito, nullum uniuersale per se habet esse, nisi intellectuale, sed habet substantiam & esse suum in primis substantijs, hoc est in indiuiduis, nam non existētibus primis substantijs, impossibile est aliquid uniuersale remanere. Arist. in prædica substantiæ. Exépli causa, animal non reperitur nisi in hoc uel illo indiuiduo: quáobrem remotis omnibus animalis indiuiduis, hoc est primis substantijs, non reperiretur animal. Item remotis omnibus hominibus, homo in specie præterquam in intellectu non inueniretur. nisi ponas Platonis Ideas, quas Peripatetici reprobant. Item animal quod est in Petro, nō est illud animal in genere & animal in Petro. & non fuit antequā esset Petrus, sed cum primum fuit Petrus, fuit illud animal, quod est in Petro, omnia animalia fuerunt creata, antequam esset creatus Adam, & sic reperiebatur animal sexto die fuit creatus Adam, qui erat homo, & consequenter animal, sed illud animal quod erat in Adam, non fuit ante sextum dié, sed fuit introductū sexto die: quemadmodū & Adā, appallatumque fuit animal humanum, & licet Adam in se haberet animal, tamé illud animal humanum non potest dici originé habuisse ante sextum diem, eo quod illud animal, quod est in Adam, fuerit ante. Ita in casu nostro, licet conuentio fuerit de iure gentium, antequam esset stipulatio, tamen ista conuétio quæ est in stipulatione nō fuit, antequam esset stipulatio: quemadmodum illud animal humanum, quod erat in Adam, non fuit ante sextum dié, & sic antequam esset Adam, aliud est animal in Adam, aliud in equo, & asino, licet genere sit idé. Īté illa conuentio, quæ est in stipulatione, fuit introducta a iure ciuili, simul cum stipulatione, nec est illa quæ erat de iure gentium. & si diceres illud animal in Adam fuisse ante sextum dié, faceres cū philosophis litem tuā. Ex supradictis perspicuum est, stipulationé, & quo ad formā, & quo ad conuētioné esse iure ciuili introductam, nec originem a iure gentium habuisse. Nec obstat id quod solet de testamento adduci, aiunt enim † te-
2 stamentum a iure gentium originem duxisse. Bar. in.l.interdum.ff.de cond. indeb. uerum profecto est testamentum a iure gentiū originem accepisse, quia eo iure aliquid formæ & consequenter esse, & substantiam habebat, forma autem erat coram duobus testibus hæredis institutioné declarare, quod est caput testamenti. Insti.de leg.§.ante hæredis institutionem. si igitur iure gentium habuit formam, ergo & esse: postea uero iure ciuili aliam accepit formam. Insti.de testa.& consequenter aliud esse, cæpitque esse alia species, quæ species ex iure ciuili dici potest. nam quando aliquid a iure ciuili iuri gentium additur, fit noua species, ut inquit Bar. in tractatu de alueo, & illud a iure ciuili esse dicimus.l. ius ciuile.ff. de iust. & iur. Erit igitur testamentum uti genus. cuius duæ sunt species, una ex iure gentium, quæ fit coram duobus testibus non togatis: huiusmodi testamentum etiam hodie a patre inter liberos fieri potest, ut tenent Doc. Altera est species de iure ciuili, quæ fit corā
3 septem testibus rogatis &c. Itidé de † matrimonio dici potest: fuit enim iure naturæ & gentium habebat enim formam illi tempori consentaneam.l.1.§.ius naturale.ff.de iust.& iur. deinde fuit addita alia forma de iure ciuili, & iure canonico, & consequenter facta est alia matrimonij species, quæ ex iure ciuili, seu iure canonico dici potest.

At stipulatio iure gentium nullam habuit formam, & consequenter nec esse, nec substantiam. si non habuit esse, eo iure, ergo non erat, si non erat, ergò non poterat ex eo iure habere originem, id enim quod originem habet, est utique, alioquin non posset originem habere, quia quod nihil est, nihil habere potest.

4 Quærunt præterea scribentes in hoc titulo de uer.oblig † quáobrem stipulatio potius a uerbis, quam à consensu denominetur? aut ego non intelligo quid dicant, aut eorum quæstio uana est, si enim quærunt, quamobré stipulatio magis a uerbis nominetur, quam alii contractus, tunc nihil quærunt, cum tam stipulatio, quā alij cæteri contractus, à proprio denominétur uerbo. Nam quemadmodum emptio &

uenditio, ab emo & uendo, & locatio & cõductio, à loco & conduco, depositum à depono, commodatum à commodo, mutuum à mutuo appellantur: ita & stipulatio, à stipulor, ris, quod tam interrogo quam promitto significat. non differt igitur stipulatio ab alijs in hoc. Sed arbitror eos uoluisse hoc quærere cur obligatio, quæ nascitur ex stipulatione magis à uerbis quam à consensu nominetur. dicitur enim uerborum obligatio. Insti. de uerbor. obligat. &.ff. & tamen utrunque inest stipulationi, hoc est, & uerba, & consensus. quod insint uerba, nemo est qui neget: quod autem insit consensus, patet in.l.1.ff. de pact. ubi iureconsul. in hæc uerba ait, nam & stipulatio, quæ uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. quamobrem igitur ea obligatio, quæ proficiscitur à stipulatione, non dicitur contrahi con sensu, sicut ea quæ nascitur ex emptione & uenditione, Inst. de oblig. quæ ex cons. Et ad hoc tendunt ea quæ scribentes ad quæstionem respondent. unde Non est ignorandum,

5 dum,† in omni re, siue naturali, siue artificiali, quatuor reperiri causas: efficientem scilicet, materialem, formalem, & finalem. exempli causa in arboribus, causa efficiens, est ipsa natura, idest Deus. causa materialis, est corpus arboris, ea quatuor compositum elementis. causa formalis, est anima uegetatiua, ut dicit Bar. in tractatu de alueo. causa uerò finalis est, ut fructus hominum causa producant. §. in pecudum. Insti. de rerum diuis. Aristo. in 1. Polit. In artificiali, ueluti in domo, causa efficiens, est faber, siue ædificator. causa materialis remota, sunt ligna, saxa, & huiusmodi. causa uero materialis proxima, est tectum, paries, & solum. causa formalis, est illa partium consumata compositio, & figura. Item in homine, causa efficiens. ipse Deus: materialis, est corpus ex quatuor compositũ elementis, causa uero formalis, est ipsa anima rationalis, ut dicit Bar. in.d. tract. de alueo. ex corpore enim, & anima rationali fit homo, & ubi non reperitur materia, genus est loco materiei, & differentia loco formæ, unde animal in homine est loco materiei, differentia, hoc est rationale, est loco formæ. Causa uero finalis in homine, est ut habeat uitam æternã. Ioan. c. 6. qui credit in me habet uitam æternam. Ita in contractibus, conuentio uti genus, quæ inest illis, est loco materiei, differentia, qua unus ab altero differt, loco formæ habetur. Præmitto etiam, à propria cuiusque rei forma nasci ipsius rei operationes, & effectus. nam ab anima uegetatiua, uti arborum forma, nascuntur arborum operationes, & effectus, illa enim operatur ut arbor florescat, frondescat, fructus ferat, generetque similes plantas. His præmissis,

6 sis, uidendum est, quæ † sit materia, & forma in emptione & uenditione? dico conuentionem, & consequenter cõsensum: qui illi uti genus inest, ut.l.1.ff. pact. esse loco materiei. huiusmodi enim consensus, qui est in conuentione, uti in genere, si non consideretur in aliqua contractus specie, est simplex & mentalis. nullamque substãtiam nisi mentalem, siue imaginatiuam habet: sed postquam transit in contractum, ut puta in emptionem & uenditionem, informatur, estque alius consensus in specie, ab eo quod est simpliciter in genere, ille uero est simplex & informis, hic autẽ formatus. Nam huiusmodi contrahentiũ cõsensum, de re certa tradenda, esse oportet. deber. n. apparere, quid, quale, quantumue sit, quod uenditur. l. necessario. ff. de peric. & com. rei uendi. item consensus de pretio certo, & in pecunia numerata præstando. §. pretium. &. §. item pretium. Insti. de empt. & uendi. sanè formatus est, & ita dat esse emptioni & uenditioni. Insti. de emptio. & uendit. in princ. ubi dicitur emptio & uenditio contrahitur simul atque de pretio conuenerit, nota illud uerbum contrahitur, quod perinde est, ac si diceret, substantiam capit. ergo consensus de certa re, deque certo pretio, est forma quæ dat esse, & substantiam ipsi cõtractui. l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhiben. & Bar. in.d. tractatu de alueo. Consensus igitur ita formatus, dat esse emptioni & uenditioni, estque eius forma, & a forma, ut dictum est, fiunt operationes, effectusque rei. Hanc ob causam obligatio ex emptione & uenditione, quæ ex consensu ueluti a forma propria nascitur. Insti. de oblig. quæ ex cons. nas. dicitur cõsensu cõtrahi, propterea

quod nil

quod nil aliud præter eiusmodi consensum, ita formatum ad substantiam emptionis & venditionis requiritur. non enim partium præsentia opus est, cum inter absentes per epistolam, uel per nuncium contrahi possit, nec rem tradi, nec pretium numerari oportet, sed ad substantiam emptionis & venditionis solus consensus de re tradenda deque pretio, in pecunia numerata præstando sufficit. Insti. de oblig. quæ ex cons. fi.

7 Item dicendum † est de locatione & conductione, cuius forma est consensus, de re certa utenda, deque certo pretio in numerata pecunia soluendo. Instit. de loca. in prin. hanc ob causam eius obligatio, dicitur consensu contrahi, cum nil aliud requirat ad eius substantiam præter eiusmodi consensum ut supra formatum. Itidem est de societate, in qua, consensus de aliqua negotiatione exercenda, siue de omnibus bonis communicandis de lucro, seu quæstu diuidundo dicitur formatus, estque societatis forma, aqua obligatio proficiscitur, quæ consensu contrahitur .s. non simplici, sed formato, ut supra, à forma enim nomen scilicet appellatiuum ducitur, ut dicit Bar. in.d.tractatu de alueo. Hæc eadem possunt in mandato accommodari. item in cõmodato, deposito, & muruo, obligationes dicuntur contrahi re, ut Insti. quib. mod. re contrah. oblig. eo quod res dat eis formam, quippe cum consensus in commodato, muruo, & deposito, non dicatur formatus, nisi postquam res est data commodo, uel mutuo, uel deposita est: a re igitur substantiam capiunt: & a re uti a forma obligationes nominantur.

8 Eodem modo in† stipulatione dicendum est: nam licet in ea ad sit conuentio, & consequenter consensus, uti genus: ut.d.l.1.ff. pac. tamen ille consensus uti genus est loco materiei: ut dictum est supra: & a materia non ueniunt operationes, siue effectus: sed a forma, ut supra demonstratum est. & hanc ob causam obligationes quæ proficiscuntur a stipulatione, non dicuntur contrahi, seu nasci ex consensu, cum consensus non sit uti forma, sed uti materia, forma autem est quædam uerborum conceptio, & solennitas.l.5.§.stipulatio.ff.de uerb.oblig. Insti. eod. titul.§. in hac. stipulator enim concipiebat quædam uerba, quibus uolebat sibi dari, fieriue, oportebatque à promisso re per eadem uerba responderi, si enim per alia uerba responsum esset stipulatio nequaquam ualebat: nam si stipulator dixisset spõdes? oportebat responderi, spondeo, si autem respondisset promitto, olim non ualebat.§.1.insti.eo. quæ solennitas postea sublata fuit, ut ibi, in uers. sed hæc solennia uerba. Cum igitur uerborum solennitas esset stipulationis forma, merito ab ea, ueluti à substantia stipulationis, obligationes nasci, nominarique dicuntur, appellantur enim uerborum obligationes, eo quod à uerbis, ueluti a forma natæ sint, a forma enim non autem à materia, operationes, effectus nominaque proueniunt, ut diximus, & Bar. in.d.tractatu de alueo. Item dicendum est

9 † de literarum obligatione: nam quando quis in scriptura confitebatur accepisse pecuniam, quam re uera non acceperat, promittebat literis, seu scriptura se restituturum. in huiusmodi scriptura aderat conuentio, & consequenter consensus, uti genus, & sic loco materiei, & à consensu tanquam a materia, nec effectus, nec nomen proficiscitur, ut sæpius dictum est, hanc ob causam non dicitur obligatio contrahi consensu, aderant & literæ loco formæ a quibus obligatio nascebatur, nomenque ex eis, ueluti ex forma accipiebat, & ob id dicebatur literarum obligatio. Ex supradictis habes studiose lector, quamobrem quædam obligationes dicantur consensu contrahi, quædam re, quædam uerbis, literis quæ-

10 dam. Sed dicet quispiam † nonne sunt obligationes quædam, quæ interuentu rei contrahi dicuntur, ut in illis quatuor contractibus innominatis, de quibus in.l.naturalis.de præscrip. uer. ff? sunt profectò, & in illis rei interuentus est forma, a qua nomen accipiunt, ut in alijs dictum est.

11 Quæri solet, † in quo differat contractus, qui re, ab his, qui rei interuentu contrahuntur? glo.s.in.l.iurisgentium in.§.quinimmo.dicit, eos qui re contrahuntur, una cum re contrahi, eos uerò, qui rei interuentu contrahuntur, posse multo

multo post contrahi, ut puta si hodie tecum de re permutanda conueniam eamque post aliquot dies tradam. Sed dicat obsecro, nonne possumus prius conuenire, de re penes te deponenda, & post dies aliquot eam deponam, & ita non differret is qui re, ab eo qui rei interuentu contrahitur? Tu uero dicas contractum dici re contrahi, quando eadem res uel in specie, uel in genere, eadem bonitate, qualitateque reddenda est: ut puta, in deposito, si depono penes te uestem, eadem mihi uestis, actione depositi restituenda erit, ut tot. titu. depos. si commodo tibi equum, idem equus numero, commodati actione reddendus est, tot. titu. commod. si do tibi mutuo frumentum, idem frumentum, si non numero, saltem in genere, eadem bonitate, & qualitate, & mensura reddendum est. In contractibus uero, qui rei interuentu contrahi uidentur, non redditur eadem res, nec in numero, nec in genere, sed alia penitus diuersa danda est: ut puta dedi tibi uestem, ut des mihi equum, non enim, ea intentione, do uestem, ut eandem uestem recipiã, sed ut detur mihi equus, ad quem dandum mihi obligatus es. l. naturalis. ff. de præscrip. uer. At si me pæniteret, possum uestem, repetere. l. si pecuniam. ff. de condi. cau. da. cau. non se. attenditur tamen quod principaliter agitur, & non id quod per consequẽs contingit. l. 1. ff. de auc. tut. & sic de alijs in nominatis. d. l. naturalis. Hanc igitur ob causam, hi contractus dicuntur rei interuentu contrahi, quia res interuenit, non restituenda eadem, illi autem non rei interuentu, sed re, dicuntur contrahi, quia res interuenit, eademque restituenda est, hanc differentiæ rationem ueram esse existimo.

Quare autem stipulatio dicatur uerborũ conceptio, & quare sit stricti iuris, & quare fuerit inuenta, uide supra in declaratione, quare contractus dicantur bonæ fidei, & quare stricti iuris.

12 Solet dubitari, si † præsens, præsentem per epistolam, seu chirographum interroget, puta si quis per epistolam dicat, promittis, mihi dare equum alter etiã per epistolam ita respondeat, promitto tibi dare equum, an eiusmodi stipulatio ualeat? Quod non ualeat, ostendit text. in. l. 1. ff. de uerb. oblig. ubi stipulatio, non potest confici, nisi utroque loquente. & qui scribit, non loquitur, ergo &c.

1 Quod autem ualeat, ita ostendi potest: stipulatio fit uerbis, est enim uerborum cõceptio. l. 5. §. stipulatio. ff. de uerb. oblig. & ualet argumentum a diffinitione, sed ea quæ scribuntur in epistola, sunt scribentis uerba l. solent. §. si. ff. de offi. procons. & leg. ibi, cuius epistolæ uerba hæc sunt. & l. 1. un. legi. ibi, hæc uerba edicti. & l. 1. de assignan. liber. ibi, in senatusconsulto, in hæc uerba: cauetur, facit text. in. l. non figura. ff. de actio. & oblig. ubi dicitur, non minus ualere quod scriptura, quam quod uocibus lingua figuratis significaretur. Scribentes in. l. 1. de uerbo. oblig. uarie de hoc loquũtur, sed pro ueritate sciendum est, a principio, & cœlum, & terram, & omnia quæ in eis sunt, ab omnipotenti Deo creata fuisse Gene. 1. res uero a terra aereque uerbo Dei productæ suis nominibus uocabantur. Adam enim rerum omnium, & scientias, & ideas habens a Deo infusas, nomina omnibus rebus, rerum proprietati consentanea imposuit, nomina inquam appellatiua quibus nominibus omnes ab Adam usque ad Noe, & a Noe usque ad Babyloniæ turris ædificationem utebantur, quam quidem turrim filij Noe eorumque liberi ædificarũt ibique eorum lingua fuit confusa, & quemadmodum erant septuaginta duæ familiæ, ita septuaginta duabus linguis deinde usi sunt, ut abunde supra dictum est.

Et necessario nomina, quæ & uerba etiã dicuntur, inuenta fuerunt, ut his unusquisque posset animi sui uoluntatem demonstrare. hinc Celsus iureconsultus in. l. Labeo. ff. de suppel. leg. ait, quorsum sunt nomina? nisi ut demonstrent uoluntatem dicentis. Hanc ob causam, natura quæ nihil frustra facit, quibusdam animalibus dedit uocem tantum: uox enim molesti atque iocundi signum est, quapropter omnibus animalibus existit. huc usque enim natura in his processit, ut sensum habeant iocundi & molesti, & hæc inter se significare possint: unum quodque enim animal uoce alte-

ce alterius in sua specie intelligit, quibus-
13 dam uero dedit sermonem, homo † .n. solus
omnium animalium habet sermonē, qui ad
hoc datus est nobis, ut ostendamus utilitatē
& damnum, bonum & malum, iustum & in
iustū, & alia huiusmodi, ut puta animi con-
ceptus. hæc Arist. I. Polit. c. 2. ad uerbum.
Sunt igitur inuenta uerba ad demonstrādā
dicentis uolūtatem, sed quia nemo quicquā
dicit, quod prius mente non agitauerit, siue
cōceperit: ut ait Celsus in. d. l. Labeo. prius
igitur, id quod uolumus dicere, mente conci
pimus: exēpli causa si uolo dicere promittis
mihi equum, prius in mente concipio quan
dam equi similitudinem, seu imaginē istius
uocis promitto, & istius uocis equi, ex qui
14 bus facio † unum conceptū in mente, quod
appellatur uerbum mentale, ut dicunt expo
sitores in illo euangelio, in principio erat
uerbum. Hoc autem uerbum mentale non
potest ab alio homine intelligi, nisi foras
mittatur, seu exprimatur: unde duo inuenta
sunt instrumenta ad id faciendum, uoces in
quam & literæ: uoces lingua, literæ penna,
seu calamo figurantur. Hinc est, quod uoces
exprimentes illud mentis cōceptum, quod
appellatur uerbum mentale, dicuntur uer-
ba, & literæ exprimentes illud idem, dicun
tur etiā uerba. d. l. non solent. §. fi. ibi, cuius
epistolæ uerba hæc sunt. & . d. l. 1. un. legi.
Nec refert ad hoc, ut conceptus ille, seu uer
bum illud mentale alteri demonstretur, an
uocibus lingua, an literis calamo figuratis
exprimatur, utroq; enim modo idem signi-
ficatur. & hoc uoluit Iureconf. in. l. non figu
ra. ff. de actio. & oblig. nam ita me intelli-
gis, si scriptura dico promittis mihi equum
ac si uocem id dicerem. idem enim & uoce,
& scriptura significatur, in hoc solum est
differentia, quod ea quæ scriptura exprimū
tur non possunt nisi oculorum sensu percipi
ea uero quæ uocibus proferuntur, non ocu-
lorum sed aurium sensu percipiuntur. unde
Virgilius in sexto ait, quin protinus om-
nia perlegerent oculis. Et ut dictum est,
tā ea quæ uocibus, quam ea quæ literis ex-
primuntur, uerba dici possunt, ea ratione,
quod & literæ, & uoces uerba prius mente
concepta exprimunt: cū igitur tam scriptu-
ra, quam uoces sint instrumenta ad exprimē
dum animi conceptum, eo fit, ut tam scri-
ptura, quam uocibus loqui quis dicatur. l.
miles ad sororem. ff. de leg. 2. Quamobrem
si statutum puniat loquentem cum bannito
punietur qui scriptura loquitur, perinde, ac
si uoce cum eo loqueretur, utroq; .n. modo
animi sui conceptum demonstrat. Sed
ius ciuile, quod stipulationis contractum in
uenit, uoluit ut stipulator prius conciperet
mente id, quod sibi dari, fieriue cupit, hanc
ob causam stipulatio dicitur uerborum con
ceptio. d. l. 5. §. stipulatio: Exempli causa,
Titius uult sibi promitti dari equum à Fa-
bio, prius mente concipit hanc orationem,
uidelicet, Fabi promittis mihi equum: &
tam Fabi, quam promittis, quam equum,
dicuntur animi conceptus: & hæc uerba,
Fabi prommittis mihi equum ita in mente
ordinata, dicuntur uerba mentalia, seu ani-
mi conceptus, ut ex supradictis apparet. &
quia Fabius non potest mentem Titij pene
trare, nec potest quid sibi uelit Titius, intel
ligere, ideo necessarium est, ut Titius ex-
primat illum conceptum per instrumenta,
hoc est per scripturam, uel uoces, utrunq;
enim est instrumentum ad id faciendum ac
commodatum. Sed ius ciuile in stipulatio
ne contrahenda cōstituit, ut ille conceptus,
seu illa uerba mentalia ita concepta expri-
mantur solum uocis instrumento: idque de
forma stipulationis esse uoluit, ut patet in. l.
1. de uer. obl ga. ff. dum ait, neque mutum,
neque surdum stipulationē contrahere pos
se: subdit rationem, quoniam inuicem ex
audire se debent. uult igitur, ut uerba illa
prius mente concepta exprimantur, eo in-
strumento ut audiri possint, auribusq; perci
pi: hoc autem sunt uoces lingua figuratæ. d.
l. non figura. nā si literis seu scriptura expri-
merentur, non audirentur, sed legerentur,
non igitur auribus, sed oculis perciperen-
tur. Hanc igitur ob causam stipulatio in-
ter præsentes per epistolam contrahi non
potest. nā ut dictū est, uerba aurium non o-
culorum sensu in stipulatione contrahenda
percipi debent, id quod pro forma est indu-
ctū, & ideo neq; mutus, neq; surdus stipula-
ri potest, eadem ratione, nec; absens, quia
absens non potest uerba absentis auribus
15 percipere. Sed si diceres † quam ob
causam

causam stipulationis inuentores uoluerunt illum mentis conceptum, seu uerba mentalia potius uocis instrumento quam literarum exprimi? respondeo instrumentum uocis esse naturale, instrumentum uerò literarum accidentale, sed magis naturale quam accidentale inspiciendum est, uoces enim omnibus hominibus datæ sunt, sed pauci sunt respectiue qui literas sciant. & stipulatio est contractus, qui frequenter in hominum commerciis uersatur, idcirco eligendum fuit instrumentum omnibus hominibus commune, si enim stipulatio deberet literis contrahi, pauci eam contrahere possent. Et si diceres sunt nonnulli qui & hoc uocis instrumento carent, ut muti, quamobrem uocis instrumentum non est omnibus commune. Respon. raros esse, qui uoce careant, & ius ad id quod frequenter accidit accommodatur. l. nam ad ea. ff. de legi. Rursus si quæras, quamobrem non constituerunt utroque instrumento, stipulationẽ posse confici? & ego a te quæram, quamobrem non constituerunt in codicillis duos uel tres testes sufficere, & in testamentis quinque, cum hoc facilius fieri posset: uel ad euitandam falsitatem, non constituerunt octo seu decem.

Et ideo dicas ius naturale ubiq; habere eandem uim, & non quia, uel ita uidetur, uel minime. ius uero politicum seu ciuile a principio utrum hoc, an illo modo fiat, nihil refert, sed postquam est institutum multum refert, seruandumq; est. Arist. 5. Eth. in multis igitur in iure politico, idest ciuili, sufficit respondere, quia ita legumlatores uoluerunt: non omnium enim quæ a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. l. non omnium. ff. de leg. cum enim scimus quia ita est: non opus ipso cur. Aristot. 1. Ethic.

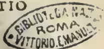
Solet quædam quæstiuncula in ore le-
16 gentiũ frequenter uersari, quæ ea est, † quãobrem iuris lator constituerit interrogationem in stipulatione debere præcedere? quidam ut Raphael & Paulus dicunt, id esse receptum, ut magis demonstraretur animus, consensus, deliberatioque, & alij hoc sequuntur. Sị hæc ratio esset uera, posset quis longo ex interuallo respondere. quo enim plus temporis daretur ad respondendum, eo deliberatius responderetur, cum qui bene consultat, rectè deliberat, & ad cõsultationem longum temporis spatium est adhibendum. Arist. 6. Eth. & tamen si quis post interrogationem aliud agere cœperit, & ex interuallo respondeat, stipulatio non ualet. non est igitur ea ratio, ut quis magis deliberate respondeat. Ego uero ea ratione id factum esse existimo, quod antequam esset inuenta stipulatio erant contractus iurisgentium. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. qui bonæ fidei contractus dicebantur. §.
17 actionum autem. Inst. de act. † qui bonæ fidei, ideo dicebantur, quod in eis bona fides contrahentium uersabatur. homines enim in contrahendo dicebant, quomodo agemus? ut inter bonos agier oportet, ita agamus, ut refert Cicero in. 3. offic. & ex his uerbis dicti sunt contractus bonæ fidei. homines enim boni inuicem confidebant, & alter alterius fidem sequebatur: hanc ob causam multa in bonæ fidei contractibus ueniebant, quæ minime erant expressa. nam uenditis ædibus, seræ, claues, claustra, putealia, & huiusmodi emptori cedebant, licet eorum mentio minime facta esset. Item uendito fundo etiam multa ueniebant, de quibus expresse non erat conuentum, utpura sterquilinia, stramenta, & instrumenta non nulla. l. fundi. ff. de act. emp. Hæc & eiusmodi licet non essent expressa, tamen iure gentium. in contractibus bonæ fidei sine controuersia ueniebant, deinde cœpit inter contrahentes oriri controuersia, de aliquo non expresso ueniret, an non, adeo ut crebræ apud Iurisconsultos à contrahentibus, super hoc uersarentur controuersiæ. Ad has igitur controuersias tollendas ciuitas Romana decreuit inuenire contractum, in quo tantum deberetur, quantum esset expressum: & ut hoc fieret inuenit stipulationem, in qua nisi stipulator palam uerbis exprimeret id quod sibi dari, fieri ue cuperet, omissum esse intelligeretur. l. quicquid astringendæ ff. de uerbo. oblig. hanc ob causam constituit, ut stipulator deberet prius uerba concipere, quibus id quod sibi uellet dari fieri ue exprimeret, promissor item deberet per eadem uerba respondere: Insti. de uerbor. oblig. §. 1. quæ uerba dicebantur solennia. hinc

hinc fit ut stipulatio dicatur uerborum conceptio.l.5.§. stipulatio.ff. de uerb. oblig. is enim qui interrogabat, ut dictum est, concipiebat quædam uerba, quibus is qui interrogatur, daturum facturumue se id quod interrogatus est, respondet. ex quibus uerbis apparet promissorem debere, per eadē uerba respondere, Si igitur promissor debebat per eadem uerba respondere, necessarium erat, ut stipulator prius conciperet uerba, quibus interrogaret, & consequenter opus erat præcedere interrogationem, quo nam pacto enim interrogatus potuisset per eadē uerba respondere, id quod facere debebat, nisi prius ab interrogante fuissent uerba cō cepta, & interrogando expressa. Hæc igitur est ratio ut arbitror, quamobrem debeat interrogatio præcedere, uidelicet ut interrogatus posset per eadem uerba respondere, utputa si Titius dixisset, Fabi promittis mihi equum cum ephippio? Fabius respondere debebat, promitto equum cum ephippio: si dixisset spondeo tibi equum cū ephippio, utique olim non ualebat, dicebantur enim illa uerba concepta solennia, quæ mutari non licebat.§.1.Inst. de uerb. oblig. licet hodie hoc sit mutatum.d.§.1. uerbo. sed hæc solennia uerba.

Summarium

1 *Cur ex stipulatione nutu facta naturalis obligatio non nascatur.*
2 *Causa quatuor in omni re componenda concurrunt.*
3 *Ex forma operationes & effectus nascuntur.*
4 *obligatio ciuilis & naturalis nascitur ex forma contractus.*
5 *In testamento quæ sit causa efficiens, & formalis.*
6 *Cur testamentum cum quinque testibus non ualet ut codicilli.*
6 *L. Scæuola.ff.ad trebellia. declaratur.*
8 *Si non ualet quod ago ut ago, an ualeat ut ualere potest. & nu.12.13.*
9 *L. si tam angusti.ff. de seruitu. declaratur.*
10 *L. insulam ff. de prascr. uerbo. declaratur.*
11 *L. si acceptolatu ff. de accepti. declaratur.*

LXIX. DECLARATIO §. si quis ita .l.1.ff. de uerb. oblig.



1 Vlpianus in.l.1.§. si quis ita.ff. de uerbo.oblig. ait, † eum, qui interrogationi nutu sine uerbis respondet, nec ciuiliter nec naturaliter obligari: quod ciuiliter non obligetur, facile admittitur. quod autem nec naturaliter, non sine controuersia concedi potest: unde Scribentes aiunt id ex formæ defectu euenire, forma enim est quæ dat esse rei.l.Iulianus.§.si quis.ff.ad exhibē. quæ si abest, actus redditur nullus, ita Ias. in.d.§. si quis ita. uers. quinto diligenter nota. & Bar. in.l. si quis pro eo.ff. de fideiuss. in octaua quest. Hæc ratio paulum eruditiori non plenè satisfacit. sit enim sane ut aiunt, abesse stipulationis formam, & consequenter eam esse nullam: nonne ibi adest conuentio, & sic duorum in idem consensus. & consequēter pactum: nullus est enim contractus quin habeat in se conuentionem.l.1.ff. de pact. si igitur adest pactum, quamobrem ille promittens non obligatur saltem naturaliter?

2 Pro solutione scire oportet, † quatuor esse causas, per quas omnis res composita existit. est enim efficiens, materialis, formalis, & finalis. Arist.2. Phys. & in omnem rem componendam, hæ quatuor concurrunt: exempli causa, in domo construenda, ædificans est causa efficiēs, causa materialis sunt partes, ex quibus componitur, utputa solū paries, & tectum. causa formalis est ipsa partium concinna compositio, ordo, atque figura, causa finalis, ut defendat nos à pluuijs & uento. In arboribus causa efficiens, est natura increata, materialis est ipse truncus, uel lignum. formalis, anima uegetatiua. finalis, ut producat fructus, hominum causa.§.1.in pecudum.Inst.de rer. diui. In animali causa efficiens, est illamet natura increata, materialis est ipsum corpus, formalis anima sensitiua, finalis est hominum gratia, quippe cum hominum causa animalia generentur. In contractibus causa efficiens est contrahentiū uoluntas.l.non omnis ff. si cer.pet. materialis est ipsa conuentio: genus enim loco materiæ habetur, ut ait Porphy.

in præd. diffe. formalis est perfecta, siue cõcinna cõpositio cuiusq; contractus, de quo supradictũ est, in declaratione pacti nudi, finalis est id cuius gratia cõtrahitur. In stipulatione igitur perfecta debẽt eiusmodi quatuor causæ concurrere. erit. n. causa efficiẽs, contrahentium uolũtas materialis ipsa cõuẽtio. l. 1. ff. de pac. formalis ut præcedat interrogatio, & sequatur respõsio, & ut uerbis & inter præsentes id fiat, finalis ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. §. alteri. Insti. de inut. stip. Est etiam sciendum,

3 † omnes effectus, omnesque actiones, ex forma materiæ adiuncta proficisci. nam quod planta nutriatur, crescat, producat fructus, generetque ex forma, quæ est anima uegetatiua, ut dictum est, id procedit, qua remota ex ligno, quæ est causa materialis, nihil horum nascitur. Item quod animal nutriatur, crescat, generetque, hæ enim operationes uirtute uegetatiuæ, hoc est ex anima uegetatiua uti ex forma proueniunt. Item quod uideat, audiat, olfaciatue, nascitur ex forma, quæ est ipsa anima sensitiua, qua remota nihil horũ fit, licet remaneat corpus uti materia.

Eodem modo effectus siue operationes, 4 quæ nascuntur ex stipulatione, ueluti † obligatio tam ciuilis quam naturalis ex ipsa forma proficiscuntur. Inst. de uer. obl. in pr. quã obrẽ si forma non adsit. nec ciuilis nec naturalis nascitur, ut in. d. §. si quis ita. & licet remaneat conuẽtio seu pactũ, remanet uti materia informis, quæ nihil potest producere: quemadmodum si ab animali, remoueatur anima sensitiua, licet remaneat corpus, tamen nec operationes animę uegetatiuæ, nec sensitiuæ producit, est enim illud corpus in ipso animali uti materia informis. Ita conuentio, quæ est uti genus. l. 1. ff. de pact. in stipulatione inest tanquam materia, quæ si non adsit forma, nec ciuilem, nec naturalẽ producit obligationem: est enim nuda materia, hoc est nuda pactio, quæ obligationẽ non parit. l. iuris gentium. §. igitur nuda. ff. de pact. Et licet interdum ex pacto nudo, dicatur nasci obligationem tamen illud fit, quando cõtrahentes separatim a stipulatione, & per se uolunt facere pactum nudum, quod per se cõtractũ species est conuentionis, & huiusmodi pactũ uti species nõ inest stipulationi, una enim species alteri non inest, non potest enim equus inesse asino. sed conuentio seu pactum uti genus, & informe inest stipulationi, aliisque contractibus de quo supra dictum est. cui si adest forma, adsunt & eius operationes, & si abest, illæ etiam absunt.

Quemadmodum si embryoni adsit forma, & sic anima sensitiua, adsunt & eius operationes, si uero abest & illæ absunt. nam si mulier faciat abortum, illud corpusculum sine forma nec operationes animæ sensitiuæ, nec uegetatiuæ quidem habet, siue exercet, est enim corpus uti rudis materia in animal, ita pactum uti genus, quod est loco materiæ in stipulatione, nisi adsit forma, nec ciuilem, nec naturalem quidem obligationem parit, est enim ueluti rudis & informis materia. Et ex supradictis apparet, quamobrem illæ qui respondet interroganti nutu, non obligetur naturaliter si non obligatur naturaliter, merito fideiussor pro eo non obligatur, cum nec ciuiliter nec naturaliter principalis promissor obligetur, arg. §. 1. Inst. de fideius.

5 Ræterea † in testamẽto, causa efficiẽs est testatoris uoluntas. l. 1. ff. de testa. & in. §. disponat. Aur. de nupt. causa materialis sunt bona ipsius testatoris. d. l. 1. ibi de eo. causa uero formalis non est solum numerus testium, ut quidam aiunt, sed est recta partium compositio, & ordo. est enim testamentum quoddam totum integratum, partes uero nuncupatiui testamenti integrantes sunt hæ, scilicet hæredis institutio, seu exhæredatio nominatim facta, numerus testium, hæ si iunguntur, ordinenturque uno contextu, ut in. l. hæredes in fi. ff. de testa. efficiunt unum totum integratum, quod testamentum appellatur, hinc titulus positus est de testa. ordi. nulla tamen harum partium separatim est forma testamenti. neque enim hæredis institutio, nec exhæredatio per se, neque numerus testium per se, est forma, fatendum tamen est, unamquamque partem esse de forma, cum sine ea forma non queat existere.

Est igitur forma testamenti, ordinatio & partium compositio unico contextu facta,

cta, quemadmodum forma domus, est ordinatio, seu perfecta partium compositio: est enim & ipsa domus totum integratum, partes uerò integrantes sunt solum, paries, & tectum.l. eum qui ædes.ff. de usucap. at si una pars domus esset imperfecta, puta te ctum dimidiatum non esset domus, cum propriam formam non habeat, quæ ex con sumatione, hoc est perfectione consistit.l si is qui.§. quædam.ff. ad.l Falc. nec potest nos à pluuia, & uento alijsque aeris læsionibus defendere.

Ita in testamento, si una pars est imperfecta, utputa si adsint quinque testes: septem enim requiruntur, Institu. de testa. ordi. testamentum non habebit formam suam, quæ ut dictum est, in consumatione consistit, & consequenter uti testamentum non ualebit.l.si unus.C. de testa.l.non codicillum. eodem titul. neque uti codicilli ualere potest.l. ex testamento.C. de fidei com. l. cohæredi.§. cum filiæ uerbo. quæ ita.ff.de uulga. & pupilla. Sed dubitatur

6 † quamobrem, non ualet ut codicilli, cum ibi adsint quinque testes, qui numerus ad codicillos faciendos fatest.l.fin.C.de codicil. responde illos quinque testes in testamento esse adhibitos, ut partem testamenti, non autem ut partem codicillorum. nam testamentum & codicilli sunt duæ diuersæ species.l. si idem.C.de codicil. & una species alteram continere non potest. equus enim in se non continet asinum, quando igitur causa efficiens uult unam speciem efficere, si illa erit imperfecta in alteram non mutatur, utputa si natura uelit efficere corpus anima sensibili animatum, cui & anima uegetatiua inest, si aliquo impedimento id fieri nequeat, puta si fœmina faciat abortum, illud corpusculum non ualebit, ut corpus anima uegetatiua animatum quod est planta, ad quod faciendum sola anima uegetatiua sufficeret, ratio quia illa anima uegetatiua, quæ inerat animali formando, inerat uti pars animalis non uti pars plantæ. Item si artifex ex uitro uelit efficere phialam, si eam aliquo casu imperfectam fecerit, puta parte superiori carentem, licet ibi sit uitrum, ex quo potuisset fieri ciathus, & in ea parte inferiori facta, posset bibi uinum, non tamen erit ciathus, propterea quod artifex uoluit phialam fingere, non autem ciathum.

Ita ad propositum si testator uoluit facere testamentum, ut speciem per se, & si deficiat, eo quod pars testium absit, non ualebit ut codicilli, cum sint diuersæ species: actus enim agentium, non operatur ultra eius intentionem.l. non omnis.ff. si cert. petat. Et in hoc casu & in superiori non habet locum illa regola, uel ut aiunt illud brocardum si nó ualet quod ago, ut ago, ualeat, ut ualere potest, cum aliter ualere nó possit.

At si testator uti causa efficiens, uoluerit illud testamentum ualere, ut codicillos, ualebit utique eius uoluntas ut codicilli.d.l.si. C.de codicil. &.d.l. cohæredi.§. cum filiæ, &.l. ex testamento.C.de fideicomm. uoluntas enim testatoris uti artifex ex materia & partibus, quibus uolebat testamentum componere, efficit codicillos, & quod uult ipse pro lege habetur. Auten. de nupt.§.disponat. quemadmodum ille artifex qui fecit phialam imperfectam, potest ex ea ciathum facere si uult. Sed huic uidetur ob

7 stare †.l.Scæuola.ff.ad Trebell. ubi testator filio impuberi codicillis substituit: mortuo impubere filio, illa substitutio quæ non potuit ualere directò, quia codicillis hæreditas neque dari neque adimi potest, ualet ut fideicómissum: & ita si nó ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest. Bar. & alij in hoc.§.si quis ita, uariè respondét, sed unaquæque responsio facile refutari potest, & à scribentibus refutatur, referrem eas opiniones, refelleremque non ineleganter, sed quia pollicitus sum non aliena sed mea referre. ideo hanc accipito solutionem. Casus in.l. Scæuola à superiori longe distat. in superiori enim specie, causa efficiens hoc est testatoris uoluntas fecit unam speciem, hoc est testamentum, licet imperfectam nec tentauit facere alteram speciem, hoc est codicillos, & ideo si illa prima species non ualet, nec altera existet, impossibile est enim alteram ualere, quam causa efficiens noluit facere, minimeque sub illa prima continebatur, ut supra declaratum est. Non potuit igitur testamentum conuerti in codicillos, cum

 sit altera

sit altera species. At in.l.Scæuola, è contrario actum est, causa enim efficiciens, hoc est testator fecit codicillos, & ut codicilli ualent & sic illud quod egit, ualet ut egit.

Sed si diceres uoluit facere substitutionem pupillarem, hæc autem, ut substitio pupillaris ualere non potuit, cum sit facta in codicillis, idcirco non ualet ut testator egit, ualet tamen ut pupillare fideicommissum, & sic ut ualere potest. habet igitur locum illa regula si non ualet quod ago &c.

Ad hoc ita respondeto, testator potest filio suo facere pupillarem substitutionem. pupillareque fideicommissum, per illã enim directe, per hoc oblique filio succeditur, & tam illa quam hoc pubertate finitur.l. in pupillari.ff.de uulga. & pupilla.l. quod fideicommissum.ff.de leg.1. Aut igitur testator in.l.Scæuola prouidit filio, per uerbum substituo, quod quidem est uerbum commune, & directam & obliquam comprehendens substitutionem, ut nor. Bar. in.l. centurio in ult.charta, & ibi alij. Aut dixit filio meo, Titius hæres esto, & tunc idem dicendum est: hoc enim uerbum hæres idem est quod dominus, & sic est commune.l. his uerbis. ff. de hæred. instit. & ibi glos. ait, hæres, & dominus idem est. & .§. fina. Instit. de hæred qual. & diffe.& plene diximus in materia substitutionis si igitur est commune, ergo est aptum ad comprehendendum tam pupillarem substitutionem, quam pupillare fideicommissum.

Sed quia testator fecit codicillos, in quibus illa uerba, hæres esto seu substituo, non possunt capi directo, capienda sunt eo modo, quod codicilli patiuntur, hoc est oblique. Veluti si quis dicat, dabo tibi animal, eo uerbo continetur & uolatile, & natatile, hoc est auis & piscis: sed si diceret dabo tibi animal, quod est in aere, tunc necessario ratione aeris adiuncti, illud commune nomen capitur pro aue. Ita in.l. Scæuola, ratione codicillorum, illa substitutio facta filio, ualet ut fideicommissum pupillare, quod sub illa apritudine contiuebatur, & ideo illa dispositio facta à testatore ualet eo modo quod actum est saltem tacitè, actum enim id esse dicitur, non solum quod expresse, sed etiam quod tacite, ratione adiuncti agitur.l. semper in stipulationibus.ff. de reg. iur. & ibi glos. in uersic. item actum ubi ait, actum intellige etiam tacite ratiõne rei. ibi enim quæritur, si uendo tibi fundum centum ducatis, hæc appellatio ducatis, potest capi pro ducatis aureis, & pro ducatis de carolenis, dicit glos. quod capitur quod actum est expresse uel tacite ratione rei, puta si fundus ualet centum ducatis aureis, intelligitur actum de ducatis aureis. Ita in casu proposito ratione codicillorum à testatore factorum, intelligitur tacite actum fideicommissum pupillare & sic illud quod egit saltem tacite ualet, ut egit. Huc usque non habemus probatum hoc ut aiunt brocardum, si non ualet quod ago, ut ago. &c. Sed Doctores aiunt istud brocardum, plus quam manifestè probari in.l.si tam angusti.ff.de serui. ubi uia à quopiam in tam angusto loco concessa fuerit, ut neque uehiculum, neque iumentum ea iri possit, iter magis quam uia acquisitum uidebitur, ecce ibi concedatur uia, quæ ratione loci non ualet, ut uia, ualet tamen eo modo quo ualere potest, hoc est ut iter

8 & ita † si non ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest, id quod est contra tex. in.d.§.si quis. quod autem respondeant scribentes tu ipse uideto. Tu uero ut iure nostro agatur.

Scias iter, actum, uiam esse seruitutes separatas.l. 1.ff.de ser.rust.præd. Item non est ignorandum, has seruitutes æquiparari animæ sensitiuæ. ut ait Bar. in.l. stipulationes non diuiduntur in.2.col.nu.3. sicut enim illa est tota in toto, & tota in qualibet parte, ut philosophi & Theologi aiunt. & Bar.ibi ita seruitus itineris, & uiæ, est tota in toto, & tota in qualibet parte ut ibidem Bar. Item quemadmodum anima uegetatiua separatim ab anima sensitiua est una species, ut patet in plãtis, suos proprios habẽs effectus, hoc est ut planta nutriatur, crescat, generet ſiẽ, anima sensitiua si per se consideretur habet etiam suos effectus, hoc est audiendi, uidendi sentiendi.&c. Itẽ anima rationalis est species etiã per se, & hæc habet suas operationes, hoc est operationes intellectus & uoluntatis &c. sed animæ sensitiuæ semper inest uegetatiua, non tamen uti species

species per se, sed uti pars & potentia substantialis illius, adeo ut non possit sensitiua in animali sine uegetatiua consistere. Item animæ rationali inest, & uegetatiua & sensitiua, non uti species, sed uti pars seu potentia substantialis illius, adeo ut quod habet animam uegetatiuam, non habet sensitiuam, ueluti arbor. sed quod habet sensitiuam habet etiam uegetatiuam, ut animal, non tamen habet rationalē, sed id quod habet rationalem, habet sensitiuam & uegetatiuam, non tamen uti speciem. Ita actus, & iter sunt species seruitutis per se. Iter tamen est ius eūdi, ambulandi hominis: actus uero est ius agendi, uel uehiculū uel iumentum. Via etiam est species per se, & est ius eundi, agendi & ambulandi, & trahendi lapidem, lignumq́ue. l. 1. ff. de seru. rust. præd. & ibi not. Hinc fit ut qui iter habet, actum non habeat. qui actum habet iter habeat. & qui uiam habet, iter actumq́ue habeat. Caue ne existimes, eum qui habet actum, habere iter per se. nam si ita esset, legato actu posset, adimi iter, id quod fieri non potest l. 1. ff. de adim. leg. sed habet iter uti partem, seu potentiā substantialem actus. hoc ipsum est quod ait glos. in d. l. 1. ff. de seru. rust. præd. in uersic. actus. & Inst. de ser. rust. præd. in prin. & ibi glos. dum ait, hoc quantum ad commodum, non quantum ad seruitutem, si enim inesset iter, uti seruitus; possset profecto adimi, id quod fieri negat Iure cons. in. l. 1. ff. de adimen. leg. His suppositis, si natura faceret animal, cui & oculi. aures & nares gustusq; essent impediti, eo casu corpus habens animam sensitiuam, cui & uegetatiua inest, non posset neque uidere neque audire, nec olfacere, nec gustare, sed solum animæ uegetatiuæ operationes exerceret, illud enim corpus nutriretur, augeretur, generaretq;, adeo ut solum ibi anima uegetatiua inesse uideretur. Ita in proposito qui habet uiam, cui actus & iter, uti partes substantiales, ut dictum est insunt, si in tam angusto loco eam habeat, ut non possit ibi uires actus exercere, hoc est non possit ducere iumentum seu uehiculum, exercebit solum uires itineris, hoc est ibit & ambulabit, & hoc fit ob loci impedimentum, sicuti dictum est in corpore impedito.

Is igitur qui uiam concessit in tam angusto loco, concessit uiam actum & iter, uti partes illius uiæ substantiales, quæ ab ipsa non queunt separari. d. l. 1. ff. de adimen. leg. &
9 supra diximus. quamobrem † in d. l. si tam angusti fuit concessa uia, & uti uia ualet, sed ratione loci est restricta & angustata, ita ut non possit præstare nisi itineris operationes. faciunt enim quæ dicit Bart. in d. l. stipulationes non diuiduntur: num. 3. uer. modo pone. Hanc ob causam Pomponius ait, iter magis quam uia, aut actus acquisitus uidebitur, nota illud, uerbum uidebitur, quod non significat ueritatem, sed quia dumtaxat apparent operationes itineris, & non uiæ. est tamen re uera uia, quæ non potest omnes operationes suas præstare ratione loci angusti, quemadmodum anima sensitiua in corpore suis partibus orbato non potest nisi uegetatiuæ operationes exercere, & tamen re uera, ibi est anima sensitiua.

Ex his plusquam manifestum est, in d. l. si tam angusti. non habere locum illud brocardum, si non ualet quod ago, ut ago & c. imo ibi ualet, ut actū fuit. uoluit enim concedere uiam, & re uera concessa est uia, & ualet ut uia, sed non potest, ut dictum est, omnes suas uires siue operationes ratione angusti loci exercere, quemadmodum anima sensitiua nō potest exercere omnes suas operationes in corpore, cui non adsunt organa dpeosita, ut diximus.

Sed dicet quispiam eam posse elici ex
10 †. l. insulam. ff. de præscript. uerb. ubi Titius dixit Fabio, uendo tibi insulam. ut aliam in sulam mihi reficias, dicit ibi Neratius nullā esse uenditionem, sed ciuili intentioni incerti agendum esse, hoc est præscriptis uerbis, ut ibi glos. dicit. Cum igitur Titius nullam ibi fecit pretij mentionem, quæ est substantialis forma uenditionis. §. pretium. Insti. de empt. & uend. non ualet ut uenditio. rursus quia addidit ut in sulam reficeret, quę uerba adiuncta illis uerbis, uendo insulam, demonstrant contractum innominatum, & est perinde ac si dixisset, do insulam, ut insulam reficias, ualet ut contractus innominatus, & sic ut ualere potest. Sed tu memoria repete id quod sæpius dictum est, uidelicet in re qualibet facienda, quatuor necessario requiri causas, efficientem, materialem, formalem & finalem, inter quas principem

locum obtinet efficiens,ac formalis, forma enim ea est quæ dat esse nomenque rei.d.l. Iulianus.§.si quis.ff.ad exhibē.Bar.in tract. de alueo.§.si quis:ait,a forma rem accipere id quod est & nomen,nomē inquam appellatiuum : uocabula enim rerum, hoc est nomina appellatiua immutabilia sunt.l. si quis in fundo.ff.de leg.1.si quis igitur equum appellaret hominem,aurum, electrum non faceret quominus equus esset equus,& aurum aurum. Et quia res clarior fit exemplo.l.1. ff.de præscrip.uer.ideo finge Titium ita interrogare Fabium pingentem, Fabi quid pingis? pictor respondeat, pingo hominem & tamē suo penicello fingat equi effigiem: & licet pictor dicat pingo hominem, re uera ut ex figura apparet, pingit equum, & sic erit id quod agit,pro ut agit,hoc est erit equus,prout equum pinxit : ualebit ergo id quod pictor agit, prout agit, hoc est equi effigies quam faciebat, uera erit equi effigies,nec obstat quod dixerit, pingo hominem,non enim id quod dixit agebat,nec enim mente agitabat pingere hominem,nemo enim existimandus est id facere, quod prius mente non agitauerit. argum.l. Labeo ff.de suppell. leg. uers. cæterum. prius enim causa efficiens componit, architectaturque in intellectu rem faciendam, deinde ab illius exemplo, facit illi similem in materia, ut puta ædificator prius architectatur domum in intellectu, deinde facit domum illi similem: unde Arist.in 7.prim. philosop. ait, domus & sanitas, quæ sunt in materia, sunt a domo : & sanitate, quæ præexistunt in intellectu. quamobrem qui pingit equum,in mente prius agitauit pingere equum. Ita in proposito, Titius prius in mente agitauit facere contractum innominatum,hoc est do insulam,ut insulam reficias, hæc enim est forma contractus innominati,quæ ut dictum est dat esse & nomen rei,& licet dixerit uendo insulam, tamē nō obest quamuis sit is contractus, quem figura & forma demonstrat, hoc est innominatus, ibi enim non aderat, id quod est de forma uenditionis,quod est pretium, sed duntaxat forma contractus innominati inerat, nec ille contrahens dicendo,uendo insulā, potest facere,ut res non sit, id quod forma efficit,quam ipse dat,quemadmodum si pictor dicat, pingo hominem, & pingat equum,non potest facere quin id quod pingit, non sit id quod forma ab eo data demonstrat.& sic apparet in.d.l. insulam non probari si non ualet quod ago, ut ago &c. imò ualet quod agit ut agit. Nec obstat quod dixerit uendo : non.n.huiusmodi maxima est,si non ualet quod dico,ut dico ualet ut ualere pōt,sed si non ualet quod ago, ut ago,&c.ibi ualet, id quod agit omnino ut agit, egit enim in mente facere contractum innominatum, id quod forma ostendit,ut supra dictum est.

Sed aiunt scribentes, illam maximam probari. in.l.multum interest.ff.de uerbo. obliga.ubi si Titius promittat stipulanti rē cuius commercium non habeat, si non potest præstare rem,præstat interesse,seu æstimationem, & ita si non ualet, ut agitur,ualet ut ualere potest. Sed tu dicas, quod ibi causa efficiens uoluit facere unam speciem, hoc est stipulationem, & ualet ut stipulatio, & sic ut actum est. sed quia promissor non poterat dare rem promissam, cum eius commercium non haberet, præstat id quod interest. quamobrem si consideramus id quod agebatur,ualet uti agebatur,ualet uti agebatur,agebatur enim ut fieret stipulatio,& ut stipulatio ualet,ualet igitur ut ago. at si stipulatio postquam consistit, si non potest operari proprium effectum, ut res detur, operatur æquipollens, hoc est ut id quod interest præstatur quod est loco rei. Quemadmodum si natura uti causa efficiens, formet in utero mulieris hominem, is autem secundum formam, homo existens sit obtortis cruribus, si non potest pedibus ambulare, ambulabit per æquipollens, hoc est Scipione innixus, & sic ibi non probatur si non ualet quod ago ut ago &c. agebatur enim, ut esset stipulatio,& stipulatio est, & sic ualet quod agitur ut agitur, sed postquam existit operatur quod potest.

Dicunt præterea illam maximam proba-
11 ri in †.l.si acceptolatu.ff.de acceptila. ubi si acceptolatum fuerit ei, qui non uerbis sed re. obligatus est, non liberatur, sed potest se tueri exceptione pacti, & ita si non ualet quod

let quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest. Dicas acceptilationem fieri per stipulationem. §. item per acceptilationem. quib. mo. toll. oblig. Inst. eamq; dumtaxat obligationem, quæ uerbis consistit, tollit. sed in d. l. si acceptolatum ualebat stipulatio, habebat enim sua essentialia, sed non poterat operari ut tolleret obligationem, non uerbis sed re contractam, operatur tamen ut is cui acceptolatum est, pacti conuenti exceptione se tueatur, quod pactum inerat stipulationi, non uti species per se, sed ut pars substantialis stipulationis, cuilibet enim stipulationi inest pactum. l. 1. ff. de pac. Quemadmodum uia continet iter, non ut seruitutis speciem, sed ut partem ipsius. stipulatio igitur duas habet potentias, ciuilem unā alteram uero naturalem, si non potest operari per ciuilem. d. l. si acceptolatum. operatur per naturalem, hoc est per uim pacti in ea contenti. Quemadmodum homo habet animam rationalem, & uegetatiuam, quando non potest operari per rationalem, utputa in somnis in quibus homo nihil per animæ rationalis potentiam operatur, sed bene uires animæ uegetatiuæ exercet, nam in somnis nutritur, & augetur: ita acceptilatio interposita super eo, quod non debetur uerbis, si non potest tollere obligationem per uim ciuilem, cum ciuilis ratio ciuilia dumtaxat tollat, operatur per uim pacti, cuius ea est uis, ut pariat exceptionem l. iurisgentium. §. igitur nuda pactio. ff. de pactis quamobrem in. d. l. si acceptolatum. ualet quod ago, ut ago. nam stipulatio quæ agebatur inter contrahētes cōsistit & ualet.

Ex supradictis facias duas regulas. Prima
12 sit, † quando causa efficiens uult facere unā speciem, si ob cuiusque rei defectum, eam non perficit, & sic illa species non ualet, nūquam ualebit, ut alia species, nec poterit quicquam operari, id enim quod non est, nihil operari potest. & ita procedit. §. si quis ita. ubi si non ualet una species, hoc est stipulatio, quæ mente agebatur, non ualet uti alia species, & sic ut pactum. ita etiam procedit tex. in. l. non codicillum. C. de testa. l. ex ea scriptura. ff. eo. l. fi. C. de codicill. ubi si non ualet ea species quæ agebatur, hoc est testamentum, non ualet ut alia species, hoc est ut codicilli. ita etiam procedit tex. in. l. si seruus legatus. §. si alicuius seruus. ff. de leg. 1. ubi testator legauit seruo alieno libertatem directam, & sic fecit unam speciem, quæ ut ibi dicitur, non ualet, non ualebit etiam ut fideicommissariam, cum sit alia species. Idem etiam dicendum est in. l. tutores §. 1. ff. de admi. tut. quem Ias. allegat, ubi curator datus impuberi, non ualet ut tutor. ratio est, quod testator uoluit facere unā speciem, quæ si non ualet, non potest ut alia species ualere, ut dictum est. tutor enim, & curator censentur ut diuersæ species, id quod patet, ex diuersis tit. Insti. hoc etiā modo procedit tex. in. l. 1. §. eum qui. ff. de consti. pecu. ubi quis absens stipulatus est à Titio, id quod sibi debebatur, stipulatio non ualet, nec ualet ut constitutum. ratio, quia causa efficiens uoluit facere unam speciem hoc est stipulationem, non autem constitutum, quæ est altera species. & hoc est quod ait Iureconf. quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum est.

Ita etiam intelligitur tex in. l. si causa cognita. ff. de transac. ubi causa efficiens uoluit facere unam speciem, hoc est transactionem, & quia non ualet ut transactio, nec ualet ut pactum. Et ita intelligantur omnes leges, in quibus causa efficiens uoluit unam speciem facere, si ea est inutilis, nunquam ualebit ut altera, erit igitur actus omnino inutilis, & ideo nihil operari potest.

Sed huic primæ regulæ occurrit tex. in cap. unico. de spon. impuber. ubi duo impuberes non proximi pubertati contraxerunt per uerba de præsenti, & ita uoluerunt facere unam speciem hoc est matrimonium, quod ætate prohibente non tenuit, & tamen ualet ut sponsalia de futuro, & sic ualet, ut alia species. Tu pro solutione dicas, illam speciem factam ab impuberibus, quod est matrimonium non ualere ut sponsalia, imo illa penitus corruit, nec potuit in aliam conuerti, una enim species per se sine efficiente causa in aliam conuerti minime potest, bos enim non potest in equum conuerti, tamen ex boue mortuo, alia causa efficiens, ueluti sol mediante calore potest producere aliā speciem, ut puta apes, ut apud Virgilium in quarto Georgicorum.

Pandere

Pandere quoque modo cæsis iam sæpe iu uencis.

In sinceetus apes tulerit cruor. Ita in.d. cap.alia causa efficiens, hoc est legumlator fauore matrimonij facit aliam speciem, hoc est sponsalia, quod patet in eo tex.ibi.sponsalia enim illa quæ iuris interpretatione tã tum fuerunt sponsalia de futuro, licet uerba consensum exprimentia de præsenti haberent.nota igitur illa uerba iuris interpretatione, ius igitur facit aliam speciem, quemadmodum si testator faciat unam speciem substitutionis, hoc est uulgarem, lex ut causa efficiens tacita, fauore pupilli, aliam hoc est pupillarem facit. quamobrem ille text. primæ regulæ nihil obest.ea enim regula loquitur de prima specie inutili, quæ ut dictũ est, in aliam non transit, nec quicquam operatur potest tamen causa efficiens, facere aliam speciem, ut puta testator potest facere, ut sua uoluntas non ualeat ut testamentum, sed ualeat ur codicilli.l.si.C. de codicill. & contrahẽtes possunt facere aliam speciem. si non ualet prima ab eis facta.l.an inutilis. de accepti.& in aliis similibus.

13 Secunda regula est huiusmodi, † quando causa efficiens efficit unam speciem, si ea ex suis substantialibus partibus constat ita ut ualeat, si non potest ob extrinsecum impedimentum proprios operari effectus, operabitur per æquipollens, & sic id quod potest, ut patet in exemplo supra posito. si enim natura uult efficere hominem, & uere existat homo, si ob accidentale impedimentum, puta si penitus est loripes. si non potest pedibus ambulare, per æquipollens ambulabit eo modo quo potest, & sic procedit text. in l.multum interest. ff.de uerbo.oblig. & tex. in.l.si acceptolatum.de acceptila. item tex. in.l.Sceuola. ad Trebell.& text.in.l.ex facto eod.tit.ubi una species facta, cum non possit directe operari, operatur oblique, & sic per æquipollens. Et in summa ubicunq; species facta habens sua substantialia quare in se ualet, si non potest proprios effectus producere, producet eos quos potest. & ita potest dici si non ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest, licet quo ad speciem dici non possit, ualet enim species facta eo modo quo causa effectrix egit, & sic ualet quod ago, ut ago, quo ad speciẽ quantum uero ad illius operationes interdum illa species non operatur id quod à causa efficiente inteudebatur, sed operatur per æquipollens.

Summarium

1 *Stipulatio pura, in diem, & sub conditione sunt species.*
2 *Et quelibet habet propria indiuidua.*
3 *Cur si rogo una speciem, tu promettas alterum, stipulatio non ualet.*

LXX. DECLARATIO §.si quis simpliciter.l.1.ff.de uerbor. obligat.

IN. § si quis simpliciter.l.1.ff. de uerbor. obliga.dicitur, si interrogatus quis fuerit pure, & ille sub conditione responderit, non obligari eum constat. Item si ita interrogatus, ita calendas quintas? responderit dabo idibus, æquè non obligatur: & uersa uice si interrogatus sub cõditione, respõderit pure, dicendum est eum non obligari subdit deinde Iureconf. si stipulanti mihi decem, & tu uiginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem: è contrario, si me uiginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta. Scribentes hanc huiusmodi diuersitatis rationem reddunt, quòd in primo casu est diuersitas in qualitate, in secundo in quantitate, & illa magis, quã hæc uitiat, si quidem diuersitas in qualitate, diuersitatem circa obligationis substantiam inducit. Tu uero nostro more nouo modo hanc materiam declarato, & ut dicenda clariora fiant, res exemplis agatur. aiunt philosophi, si generi addatur differentia constituitur species: utputa si animali addatur differentia rationalis, constituitur una species, quæ dicitur homo. si addatur alia differentia irrationalis, efficitur alia species, puta equus.
1 Ita in proposito, † stipulatio est uti genus, cui si addatur hæc differentia pure, constituitur una species, quæ stipulatio pura nuncupatur: & si eidem addatur hæc differentia in diem, fit alia species, quæ stipulatio in diem appellant. si hæc differentia, sub

tia, sub conditione eidem adiiciatur, constituitur tertia stipulationis species. quæ stipulatio sub conditione nuncupatur, quod autem ita sit manifeste ostendit Imperator in.§. omnis stipulatio. Insti. de uerb. oblig. Rursus, quemadmodum sub hac specie homo, continentur sua indiuidua, puta Titius,
2 Seius, & Sempronius: ita † sub una quaque stipulationis specie, potestate quadam, continentur propria indiuidua, nam sub specie stipulationis in diem, hæc sunt indiuidua, promittis nonis? promittis idibus? promittis calendis? sub specie uero stipulationis sub conditione, hæc continentur indiuidua, promittis si nauis ex Asia uenerit? promittis si Imperator uenerit in Italiam? & huiusmodi, illa species stipulationis pure, unum tantum habet indiuiduum, ut puta promittis pure, quemadmodum species phœnicis, in uno uerificatur indiuiduo quod est ipsa phœnix. Rusus quemadmodũ si ego stipuler a te hominem, tu promittas mihi equum, sine controuersia stipulatio uitiatur, nam ego de una specie consentio, tu uero de altera: ita si ego interrogo sub conditione, tu quidem respondeas in diem, non ualet stipulatio, quia ego uolo unam stipulationis speciem efficere, tu uero alteram: idem dicendum est, si ego pure interrogo, tu sub conditione respondeas, & è contrario, dissentimus enim in specie.

Rursus si ego dicam promittis Stichum? & tu promittas Seium, stipulatio proculdubio est inutilis, ego enim unum uellem indiuiduum, tu autem alterum promittis, quamobrem in idem non consentimus, ita si dicam promittis decem idibus Maij, tu dicas promitto nonis, æque uitiatur stipulatio, eo quod ego uolo contrahere unum indiuiduum stipulationis in decem, tu uero uis alterum. Item si dixero promittis decem, si Imperator uenerit in Italiam? tu respondeas promitto, si Pontifex ibit Bononiam, nulla contrahitur stipulatio, cum ego de uno, tu de altero stipulationis indi-
3 uiduo consentias. Ratio † quamobrem huiusmodi stipulationes uitientur, ea est, nam pactum est duorum pluriumúe in idem consensus .l. 1.ff. de pact. quod pactum uti genus inest stipulationi, quemadmodum animal inest homini, ut philosophi aiunt. & quemadmodum uerum est, si quispiam dixerit, hoc non est animal, ergo non est, nec homo nec equus, nec alia animalis species: ita uerum est, si dicatur, hic non est duorum in idem consensus, quod est pactum non est igitur stipulatio, nec alia pacti species, à quo enim remouetur genus, & qualibet eius species remouetur. ut not. in.l. si quid earum.§. inter emptũ.ff. de leg. 3. quando igitur interrogo purè, tu sub conditione respondeas, plusquam manifestum est me in unam, tu in alteram speciem consentire, non est igitur duorum in idem consensus, & ideo stipulatio non ualet: & è contrario, si ego sub conditione, tu purè, æque eadem ratione stipulatio uitiatur. Idem dicendum est, si ego sub una conditione interrogo, puta promittis si nauis ex Asia uenerit? & tu promittas si Imperator uenerit in Italiam, ea ratione non ualet, quia ego in unum stipulationis indiuiduum sub conditione, tu in alterum consentis: non est igitur hic duorum in idem consensus, ergo nec pactum & ideo stipulatio uitiatur, cum ab ea remouetur genus, ut dictum est. & hoc est quod dicit Vlpianus in d.§. si quis. ibi, non enim, sic respondit, uti interrogatus est, quod perinde est, ac si diceret, non consentiunt in idem.

Summarium

1 *Numerus est ciuitatum collectio.*
2 *Contractus est quid indiuiduum.*
3 *Cur si stipulor decem, tu promittis quinque ualet stipulatio.*
4 *§. preterea. Instit. de inutil. stipulat. declaratur.*
5 *Vna determinatio, ut subiecta materia postulat, determinat alia.*
6 *Si stipulor intra decem dies, tu promittis intra quinque, ualet stipulatio.*
7 *§. si quis ita declaratur.*
Intra calendas, quid significet.

LXXI. DECLARATIO §. si stipulanti.l.1.ff. de uer. obliga.

Solet dubitari, si ego stipuler decem, tu uiginti spondeas, an ualeat huiusmodi stipulatio? Vlpianus in.l.1.§.si stipulanti.ff de uer.obli. ait, in decem contractam esse obligationem: è contrario, si uigin ti interrogē, tu decem promittas, obligatio ut ipse ait, duntaxat in decem erit cōtracta. Sed huic Vlpiani sententiæ occurrit Imperator in.§.præterea.Inst.de inutil.stipul.ubi in hæc uerba ait, si quis decem aureos à te dari stipuletur tu quinque promittas, inutilis est stipulatio. si inutilis, ergo nec in quinque ualet. quid dicendum? aduersatur ne Imperator Vlpiano? nimis absurdum esset dicere, Vlpianum ab Imperatore correctū, solet enim Imperator referre, id quod correctio ne dignū existimat. Vt igitur alter alteri cō

1 cordet, dicendum est, † numerum esse unitatum collectionē, numerus.n.denarius, ex decem unitatibus constat: & partes numeri, ut puta binarius, trinarius, quinarius, differunt specie, ut inquit Arist. in octauo Metaph. adeò, ut si uni numero, addatur unitas, uel minuatur, non est amplius illa eadē species, ue luti si binario, addatur unitas, fit trinarius, & est altera species quinque igitur & decē sunt quodam modo, duæ species, & quodā modo non, si enim ex una parte ponantur quinque, ex altera uerò decem, erunt duæ species separatæ, illa enim quinque separata, in illis decem non insunt, quamobrem si diceremus promittis mihi hæc uiginti? tu respondeas promitto hæc quinque separata ab illis uiginti, stipulatio utique uitiaretur, ego.n. interrogo unā speciē, tu uerò alterā spondes, quod perinde est, ac si mihi stipulanti equum tu promitteres asinum. At si simpliciter dicerem promittis decem, non adiecto articulo, hæc, uel, ista, uel illud, & tu simpliciter respondeas promitto quinque, nullo articulo adiecto, contracta est ex Vlpiani sententia stipulatio in quinque: addit Vlpianus rationem, inquiens, manifestum est in uiginti, & decem inesse. Pro cuius

2 confirmatione sciendum est, † consensum esse quid indiuiduum, quēadmodū est uisio. nam si uideo decē homines, tota uisio est in decem & tota in uno quoque: item si uideo hominem, tota uisio est in toto, & tota, in qualibet parte: eodem modo, si consentio in decem, totus meus consensus est in decem totusque in qualibet unitate, uel si consentio in decem homines, totus consensus est in decem, totusque in unoquoque homine, nihil enim refert, siue loquamur de numero, siue de numeratis, est enim numerus numerans, & numerus numeratus. Nunc in

3 proposito, † si dicam promittis mihi decem? tu dicas promitto quinque, totus consensus meus, est in decem, & in qualibet eius unitate, eodem modo consensus tuus, totus est in quinque totusque in unaquaque unitate, reperitur ergo & meus & tuus consensus conformis in quinque: est igitur in illis quinque pactum, inter nos cōtractum, pactum.n. nil aliud est, quàm duorum in idem consensus, si est pactum, per cōsequens erit stipulatio, cum præcesserit interrogatio, & secuta sit responsio inter præsentes, & in continenti.l.1.ff.de uer. obli. & insti.eo.ti. in prin.l. iuris gentium.§. quod fere.ff. de pact. meritò, igitur Vlpianus ait, stipulationem ualere in quinque, & è contrario, si stipulor quinque, tu respondeas decem, eadē ratione, stipulatio in quinque dicetur contracta, cum in quinque reperiatur, & interrogantis & promittentis uniformis consensus.

Nunc uidendum est an dictæ declaratio-

4 ni, obest † text. in.d.§. præterea. Institu.de inut.stipul.ibi enim dicitur, stipulatio inutilis, non quo ad quinque, in quibus uterque consentit, sed quo ad alia quinque in quibus non reperitur utriusque consensus: nam promissor non consentit nisi in quinque, quæ in illis decem inerant.

Sed scribentes dicunt, non posse illum.§. ita intelligi, & dicūt, una determinatio plura respiciem, determinabilia, debet æque determinare.l.nam hoc iure.ff. de uulga. & pupill. sed in.d.§.præterea.determinabilia, sunt hæc, promittis decem, promitto quinque, & è contrario, ecce unum determinabile. item si dicam promittis purè, & tu sub conditione promittas, uel contra, determinatio

minatio uero dicuntur illa uerba, est inutilis, quae dictio respiciens utrunque determinabile, debet aeque determinare, sed illa stipulatio, promittis purè, promitto sub conditione, est penitus inutilis, ergo, & illa promittis decem, promitto quinque debet esse penitus inutilis, ut sit uniformis determinatio. Pro responsione, sciendum est, artem imitari naturam: Insti. de adop.§. minorem. quemadmodum enim, si quis prope ignem, ponat molle lutum, & ceram, ignis liquefacit penitus ceram, è luto uero superfluum expellit humorem, lutumque indurat. ignis itaque est determinatio, ut aiunt, lutum & cera, determinabilia, & tamen ignis non pariformiter determinat, sed ut subiecta materia patitur, ars enim, & facultas legumlatrix, secundum subiectam materiam operatur. Arist. 5. Ethicor. artifex enim facturus anulum ex terra, ligno, ex auro non eodem modo facit sed ut materia patietur. ita facultas legumlatrix quae est quaedam ars. l. 1. ff. de iusti. & iur. quando agit in plura determinabilia, ea determinat, ut subiecta materia postulat.

Non est igitur mirum, huiusmodi stipulationem promittis pure, promitto sub conditione, uel contra, penitus uitiari, quippe cum nulla parte, reperiatur interrogantis & promittentis uniformis consensus, quae est materia stipulationis, ut dictum est: at in illa stipulatione, promittis decem, promitto quinque certe in quinque reperitur utriusque partis consensus, in alijs uero minime, in ea igitur parte, in qua utraque pars consentit, contrahitur stipulatio, in altera in quam non ita consentit nequaquam: secundum igitur subiectam materiam, qui est consensus, uel penitus erit inutilis, uel partim utilis, partimque inutilis. Quod au-
5 tem † determinatio ut subiecta materia postulat determinet, probatur in. l. 2. ff. de offi. procon. & leg. ubi Iureconsultus ait, apud proconsulem, possunt tam liberi, quam serui manumitti. liber & seruus sunt determinabilia, uerbum manumitti est determinás tamen non eodem modo determinat, aliter enim manumittitur seruus, aliter filius.
Nec obest text. in. l. nam hoc iure, nam ibi si determinatio aequiformiter non determinaret, in uno esset duplex substitutio, in altero una, id quod, in congruum uidetur, ut ait ibi Iureconsul. Sed pone a patre insti tutum esse unum filium in duabus uncijs, alterum uero in decem, deinde ita substitutum esse, si filij, mei haeredes non erunt, substituo Gaium: si uterque filius haeres non erit substitutio in uno habebit locum in duabus uncijs, in altero uero in decem, & sic determinatio non aequiformiter determinaret, quia substitutus nó succedit eodem modo uni, sicut & alteri, determinans igitur quo ad substantiam determinat aequaliter specie, tamen differt secundum plus & minus, id quod non facit differre. l. fi. ff de fun. instruc. Ita in casu nostro illa dictio inutilis, quantú ad substantiam aeque utranque stipulationem determinat. utraque enim est inutilis, differunt tamen per plus & minus, una enim est minus utilis quam altera, & si ita intelligas. §. ille nihil obstat.

6 Quaero si ita a † te stipuler, promittis dare Stichum intra decem dies? & tu respondeas, promitto intra quinque, an ualeat stipulatio? affirmo ualere, quemadmodum ualet, si dicam, promittis decem, tu dicas promitto quinque, ut dictum est supra. nam quemadmodum in decé aureis insunt quinque: ita in decem diebus insunt & quinque & quemadmodum is qui stipulatur decem consentit dari sibi & unum, & tres & quinque, ita qui stipulatur dari sibi intra decem dies consentit dari sibi intra duos, tres & quinque, & multo fortius, concurrit enim intra in quinque dies, consensus tam interrogantis quam promittentis. Sed huic
7 conclusioni uidetur obstare † text. in. l. 1. §. si quis. ff. de uerbor. obligat. ubi haec sunt uerba. si ita interrogatus intra calendas quintas, responderit dabo idibus, non obligatur. & tamen respondit in minori tempore, sicut in casu superiori.

Vt haec Iureconsulti uerba intelligantur, quae aliquantulum ob scura uidentur, sciendum est, cum dicitur intra calendas, non alium accipi diem debere quam ipsas calendas, nam tres istae uoces, intra, citra, ultra, quibus, certi locorum fines, demonstrantur, singularibus apud ueteres syllabis appel-

labantur, uidelicet in cis & uls, hæ deinde particulæ, quoniam paruo, exiguoque sonitu obscurius promebantur, adiecta est tribus omnibus eadem syllaba tra, & quod dicebatur cis Tyberim & uls Tyberim, dici cæptum est, citra Tyberim & ultra Tyberim, item quod erat in, accedente eadem tra syllaba, intra factum est, & qui dicit in tra oppidum, intra cubiculum, intra ferias, non dicit aliud quam in oppido, in cubiculo, in ferijs. Intra calendas igitur, non ante calendas, sed in calendis, id est eo ipso die quo calendæ sunt significat, qui igitur promittit dare intra calendas Maij, promittit dare in ipso primo die Maij, hæc Gellius libro decimo secundo capit. decimo tertio. Confirmat hoc idem Iureconsultus in.l. si ita stipulatus.ff. de uer.obli.& ibi not. Aret. Ias.in.l.qui ante calendas,eo.ti.hoc approbat. His premissis sciendum est, posse quempiam interrogare sibi dari primis, secundis, uel tertijs, uel quintis, uel quibuslibet alijs calendis.l. eum qui calendis.ff. de uerbo. obliga. & qui in interrogat sibi dari quintis calendis, perinde est ac si interrogaret primo die quinti mensis, calendæ enim primum cuiusque mensis diem significant. Finge itaque nos esse in die Aprilis, & ego ita stipuler abs te, promittis dare mihi Stichum intra quintas calendas? si bene computetur erit perinde ac si diceretur, promittis dare calendis Septembris, a tertio enim die Aprilis calendæ Septembris sunt quintæ, cum itaque idem sit intra calendas, quod in calendis, si stipulor intra quintas calendas, nil aliud dico quam in quintis calendis, ergo si existens in tertio die Aprilis, & stipulor intra quintas calendas & quintæ calendæ ab eo die sunt calendæ Septembris, sequitur ut stipuler in calendis Septembris, hoc est ipso primo die calendarum Septembris. Si tu igitur respondeas, promitto idibus, censeris promisisse quintis idibus, unusquisque enim uti interrogatus est respondere intelligitur.§.præterea, Inst. de inutil.stipul.a tertio igitur die Aprilis in quo facta est stipulatio, idus quintæ sunt idus Augusti, quæ sunt decimotertio die Augusti, ergo cũ dico promittis intra quintas calendas, nil aliud dico quam promittis primo die Septembris, & tu respondeas promitto idibus, est perinde ac si dixisses, promitto decimo tertio die Augusti, eo enim die sunt idus, hanc ob causam non contrahitur stipulatio, nec obligatio, quia consensus interrogantis est diuersus a consensu respondentis, & in nihil concurrunt.

At quando dico promittis intra decem dies, & tu respondeas intra quinque, ualet stipulatio intra quinque consensus enim utriusque partis in idem concurrit, hoc est intra quinque dies, ut supra dictum est.

E contrario si stipuler mihi dari intra quinque dies, tu promittas intra decem dies, stipulatio uitiatur, non enim consensus stipulantis & promittentis in idem concurrit, nam interrogans determinate uult sibi dari intra quinque dies, & eius consensus ulterius non progreditur, respondens uero non uult posse cogi, intra quinque dies quare non est conformis utriusque consensus, sine quo stipulatio non ualet, remoto enim consensu, remouetur pactum & consequenter stipulatio.

At quando dico promittis quinque aureos, & tu promittas decem, consentis etiam in quinque: qui enim libentissime promittit decem, multo libentius etiam promittit quinque, & ideo consentit etiam in quinque: hanc igitur ob causam stipulatio ualet in quinque in quibus utriusque consensus conformis reperitur, eatenus enim ualet stipulatio, quatenus consensus concurrit. Sed quid si essemus in uigesimo die Aprilis, & interrogarem, promittis dare intra quintas calendas, quod perinde est ac si dicerem promittis dare primo die Septembris, ut supra dictum est, tu autem respondeas idibus, si intelligas de proximis. ut in.l. eum qui.ff. de uerbo. obliga. & esset perinde ac si promitteres decimo quinto die Maij.& sic responsio esset in breuiori tẽpore, & tamen non ualet, quia decimus dies Maij, non continetur primo die Septembris.idcirco consensus est penitus difformis secus est in summa, minor enim summa maiori inest, & in minori utraque pars consentit ut diximus. Sed cum respondes, promitto idibus, si uolumus intelligere idibus quintis, ut respondeas uti interrogatus es.

perinde

perinde esset ac si decimo tertio die Septẽbris promisisset. & ita responsio esset in longius tempus dilata. primus enim dies Septẽbris in decimo quinto non continetur, nec respondens consentit dare primo die Septẽbris, nec interrogans consentit sibi dari de cimo quinto die, quamobrem stipulatio uitiatur, ut declaratum est: secus in summa, si enim stipulor mihi dari quinque aureos, tu decem respondeas, stipulatio in quinq; con trahitur. l.1.§.e contrario. ff. de uerbo. oblig. ratio est, quia in decem & quinque insunt, ut ibi in d.§. qui igitur consentit in decem, multo libentius, & in quinque reperitur igitur utriusq; consensus in quinque, non est igitur mirum si stipulatio ualet. Summa igitur hæc sit, quatenus consensus, & interrogantis & promittentis in idem concurrit, eatenus ualet stipulatio, & ubi, in nihil concurrit, in nihilo ualet. Nota hac stipulatione, intra quintas calendas, non contineri nisi unum diem. hæc enim appellatio calendæ calendarum, primum cuiusq; mensis diem significat: sed hæc stipulatio promittis intra quinque dies, continet plures, hoc est quinque dies. in priori casu non potest solui nisi in ipso die calendarum, in secundo potest quolibet die solui.

Summarium

1 *Forma quid? Et est duplex.*
2 *Item est indiuidua.*
3 *Stipulatio an diuidua uel indiuidua sit.*
4 *Obligatio an diuidatur inter heredes. & quod non, nisi respectu rerum. & num. 12.*
5 *Hæreditas est indiuidua.*
6 *Dominium est indiuiduum.*
7 *Insolidum, quid sit.*
8 *Res faciendæ an sint indiuiduæ. Domum ædificare, & fossam fodere, est indiuidua, & quare.*
9 *Stipulatio operarum an sit diuidua.*
10 *§. operarum. l. in stipulationibus. ff. de uerb. obli. declaratur.*
11 *Diffinitione remota, remouetur diffinitio.*

LXXII. DECLARATIO Indiuiduorum.

Vt apertius indiuiduorum materia intelligatur, nonnulla prius præmittenda sunt & primo, † formam, id
1 esse, quod dat esse rei, eamque inesse conseruat, ut ait Philosophus in prædicamentis, & Iureconsul. in l. Iulianus. §. si quis ff. ad exhiben. l. si is qui. §. quædã. ff. ad. l. Falc. Secundo etiam præmitto, formam esse duplicem, unam naturalem, alteram artificiosum, & utraque dat esse rei, eamũe conseruat naturalis, naturale, artificiosa artificiosum esse præstat. Naturalis forma, non ab homine, sed a sola natura introducitur, eaque est multiplex. nam in plantis, forma est anima uegetatiua. Bar. in tractatu de alueo. quæ est causa, ut planta uiuat, nutriatur, crescat, generatque hac existente planta dicitur uiua, ea remota, non dicitur planta nisi æquiuoce, utputa planta mortua, quẽadmodum homo mortuus improprie dicitur homo, posita enim forma ponitur effectus, eaque remota remouetur effectus, ut ibi philosophus ait. Forma in animalibus irrationabilibus, est anima sensitiua, seu sensiua Bar. in tracta. de alueo. §. si quis. forma uerò in hominibus, est anima rationalis. Forma artificiosa ab artifice introducitur, quæ nil aliud est, quam ordo & concinna partium compositio atq; figura. 2. Phys. quæ in consumatione rei consistit, perfectio. n. rei est forma ipsius rei. Arist. 1. Poly. & d. §. quædam. Hæc autem multiplex est, si quidem uariis modis talis compositio, in artificis intellectu, fingitur, seu architectatur: exempli causa, forma domus simpliciter ex tecto, solo, parietibusque constat. l. eum qui ædes. ff. de usucap. sed aliqui concipiunt mẽte domum cum aula, duabusque cameris: alij cum duabus aulis, quatuorq; cameris, & coquina: alij aliter. sunt igitur uariæ formæ numero, quemadmodum in architectorum mente uariæ sunt earum compositiones & simmetriæ. Item in fossis, forma est illa mensurarum conceptio, seu descriptio & figura: utputa si quis petat sibi fieri fossam longam pedum centum, altam triũ, totidemq; latam, in uestibus, in capsis aliisque

quę rebus artificiosis, forma erit illa partiũ compositio atque figura.

2 Tertio præmitto, † formam esse indiuiduam seu indiuisibilem, ut tenent Doct. & Iaf. in.l.1.§.sed si mihi.ff.de uerb.obliga.in tertia col.nu.6.& ita tenent philosophi.

Quarto præmitto, id quod dici soiet, artem imitari naturam.§.minorem. Instit. de adopt.

Quinto præmitto eas duntaxat res posse diuidi, quæ habent partes & materiam, eas uero, quæ neque partes neque materiam habent, sed solum sua forma consistunt, ut est anima rationalis, ut sunt Angeli, & res incorporales, quæ in iure consistunt.§. incorporales Inst. de reb. corp. & incorpo. in partes diuidi impossibile est.

3 Sexto præmitto, † stipulationes per se, neque diuiduas, neque indiuiduas dici posse, sed diuiduæ uel indiuiduæ ex natura rei, super qua interponuntur, iudicandæ sunt.l. stipulationum.§. & harum & ibi not.ff.de uerbor. oblig. Et caue ne decipiaris, nam ipsæ obligationes non possunt diuidi, cũ sint incorporeæ, ut supra demonstratum est, sed dicuntur diuiduæ respectu rerum, quę in obligationem deducuntur.

Septimo præmitto, stipulationum quasdam in dando, quasdam in faciendo consistere.

Octauo & ultimo præmitto, res quæ habent formam, siue naturalem, siue artificiosam non posse diuidi, quoniam diuisa forma, non essent eædem res, sed interirent.l. Iulianus.§.si quis ad exhibend.ff.&.d.l. si is qui.§.quædam.ff.ad.l.Falc.

4 Nunc autem uidendum est, † an ipsa obligatio diuidatur inter hæredes, his ita præmissis pro ueritate sciendum est, quod quemadmodum si quis in speculum intuetur, totã in eo suam perspiciet imaginem, at si speculum in duas partes diuidatur, in utraque integra aspicientis uidetur imago, idemq; fiet, & si in tres partes speculum separetur, non enim imago diuiditur, ita ut una pars sit in una parte speculi, & altera in altera, sed tota & integra in unaquaq; speculi parte apparet. & sicut in integro speculo erat una integra imago, ita & in qualibet eius parte tota integraque apparebit imago.

Præterea quemadmodum una uox tota ad plurium audientium aures accedit. si enim hæc uox, ueluti, equus, ab aliquo proferatur, tota & integra erit in plurium audientium auribus, idemque apud omnes significabit, si omnes sunt eiusdem linguæ: ita, & in obligationibus euenit. obligatio enim, qua aliquis tenetur, eo mortuo, si duo uel tres supersint hæredes, non diuiditur in duas, uel tres partes, esset enim imperfecta: diuideretur enim uinculum illud iuris positum in obligationis diffinitione, Instit. de oblig. in princ.& ideo non esset in uno quoque hærede perfectum iuris uinculum. perfectum enim est, quod ex omnibus suis partibus constat.l.1.ff. de orig. iur. Cessaret præterea in uno quoque herede obligationis diffinitio, ergo & diffinitum: quia si esset dimidiatum uinculum in uno quoq; hærede, non necessitate astringeretur: nõ enim obligatio, est pars uinculi, sed est ipsum totum uinculum, ut patet in eius diffinitione.

Erit igitur in uno quoque hærede tota, eademq; obligatio, quæ erat in defuncto, quemadmodum in una quaque diuisi speculi parte, est tota, eademque imago, quæ in toto erat & licet tota obligatio sit in uno quoque hærede, non tamen ille hæres conuenire, uel conueniri nisi proportione hæreditaria poterit, hoc est unus quisque hæres, utetur tota obligatione, pro portione hæreditaria, & hoc est, quod ait Imperator in.l.ea.C.famil.hercis. ubi ait, ea quæ in nominibus sunt, diuisionem non recipiunt, ergo diuidi non possunt. & licet subdat, sed ipso iure sunt diuisa pro portione hæreditaria: intelligendum est, non quod obligationes, siue actiones diuisæ sint, quod fieri non potest, cum sint incorporales, ut supra dictum est. sed dicuntur diuisæ quo ad petitionem, dicuntur igitur diuisæ respectu rerum, eo quod competunt ad res pro hæreditaria portione. uel expone ea, hoc est æs alienũ ut dicit text.in.l. pacto succelsorum.C. de pac.glos. ibi in uerbo ipso iure, ita intelligit d.l.ea.dic igitur ea, hoc est æs debitum, quæ sunt in nominibus, hoc est quæ sunt in obligationibus, non recipiunt diuisionem, hoc est non possunt hæredes arbitrio suo diuidere.d.l pacto, sed ipso iure pro hæreditaria portione diuisum est, intellige si id quod

debetur

debetur est diuiduum, secus si esset indiuiduum, puta uia, iter, & huiusmodi. tūc enim singuli hæredis insolidum tenerentur. l. 2. §. ex his. ff. de uerbo. oblig. ea enim lex duo decim tabularum diuidere non poterit. l. hę redes. §. an ea. ff. famil. hercis. & ita etiam intelligitur tex. in. l. pro hæreditariis. C. de hæred. actio. ubi Imperator ait, pro hæreditarijs partibus hæredes onera hæreditaria agnoscere: nota illud uerbum onera, non. n. diuiduntur actiones, sed id quod per eas debetur. hoc etiam dicit tex in. l. 5. C. si cert. peta. ibi, igitur petitio, & non actio scinditur. & l. in executione. §. pro parte. ff. de uerbo. obliga. ibi, nam petitio eius scinditur. & uide Bar. in tractatu de alueo. §. quòd si ubi dicit, formam obligationis, & actionis esse ipsius rei naturam, & est ipsa figura. allegat tex. in. l. 1. §. cum autem. C. de rei uxo. actio. hæc autem forma in indiuisibilibus consistit, adeo ut nihil nec addi, nec detrahi possit, quin ipsa corrumpatur, transeatq; in aliam speciem, ad hoc eitat tex. in. l. ius ciuile uer. statim. ff. de iusti. & iur. Patet etiam inquit ipse in stipulationibus, ubi si respondēdo aliquid addatur, uel minuatur, ei quod est in interrogatione positum, uitiatur stipulatio, & est alia res. allegat text. in. l. 1. §. si quis simpliciter & §. sequenti. ff. de uerbor. oblig. ibi, tunc enim alia stipulatio contracta esse uidetur. Ex quibus patet, actiones & obligationes, & similia, ueluti res incorporeas esse indiuiduas. subdit Bar. inquiēs, sed huic conclusioni ita obiicitur, obligatio per solutionem potest pro parte tolli. l. stipulationes. §. 2. ff. de uerb. oblig. si potest pro parte tolli pro parte uero non, sequitur ut sit diuidua. solue inquit Bar. ipsa obligatio potest considerari prout contracta est, & propriam habens formam, & tunc erit indiuidua: est enim ius incorporeum. Potest ēt considerari obligatio respectu rerum, quæ sunt in obligatione, & tunc ipsis rebus potest addi, uel detrahi, & illo respectu dicitur obligatio pro parte perimi, & dirimi. hæc Bar.

5 Idem dici potest & † de hæreditate, quæ cum sit ius, & res quædam incorporalis. Insti. de reb. corp. & diuidi nequaquam potest nihil enim in partes diuidi potest, nisi quod habet partes, sed hæreditas cum sit incorporalis non habet partes, nihil enim habet partes, nisi quod habet corpus, ergo &c. Nec obstat. §. hæreditas. de hæred. insti. Insti. ubi dicitur hæreditatem diuidi in duodecim uncias, non enim diuiditur hæreditas, hoc est ipsum ius incorporale, sed res quæ in hæreditate continentur. §. 1. Insti. de reb. corp. & incorp. & hæ diuiduntur, iccireo dicitur hæreditas quodam modo diuidi, propterea quod res quæ hæreditate continentur diuiduntur, sicut dicit Bar. de obliga. ut supra dictum est. Ex quibus concludo obligationem in se esse indiuiduam, sed dicitur diuidua respectu rerum.

Facit etiam pro hoc, quòd hæres & defunctus censentur una & eadem persona, ita ut si defunctus iurauerit, censetur ipse hæres iurasse. Aut. de iur. iuran. à mori. præsti. iuncta glos. & si plures sint hæredes omnes iurasse uidentur, eo modo quo testator iurauit. illud igitur iuramentum à testatore præstitum non diuisum, sed totum transit in singulos hæredes, ita & de obligationibus dicendum est.

6 Cæterum idem † de dominio sentiendū est. nam dominiū alicuius rei, quod est apud unum, eo mortuo, duobus relictis hæredibus non diuiditur in duas partes, licet res ipsa cū sit corporalis in duas partes diuidatur: sed illud idem dominiū, quod erat penes defunctum est in uno quoq; hærede, non tamen unusquisque est dominus totius rei, essent enim eiusdem rei duo domini insolidū id quod esse non potest. l. si ut certo. §. si duo bus uehiculum. ff. commod. sed solum unusquisque illo integro dominio in sua parte utitur. est. n. dominium libera facultas dispo nendi de re ut uelis. l. fœminæ. §. illud, in fine, & ibi Bal. C. de secund. nupt. si dominium in duas diuideretur partes, esset utiq; imperfectum, & non esset tota disponendi facultas, sed dimidiata. si dimidiata, ergo imperfecta, cum ex suis partibus, ut dictū est, non constet. Et ne res exemplo egeat, pone Titium uendidisse fundum Fabio, & Sempronio, eumque illis tradidisse, & ita tradendo, ad eos dominium transtulit. l. traditio. ff. de acquirend. rer. domi. aut igitur Titius transtulit dimidiam partem dominij ad

ad Fabium,& alteram ad Sempronium, aut totum ad Fabium,totumq; ad Semproniũ. si dices,dimidiam partem dominij in unũ quemque eorum translatam esse, occurrit, id fieri non possem, nam dominium est res incorporea,& ideo diuidi minime potest, quemadmodum nec anima,nec Angelus. Præterea neuter eorum haberet dominiũ. nam pars huius dominij separata non est do minium integrum, quemadmodũ nec pars huius animæ separata, est anima, nec pars huius faciei est facies, ut inquit Aristot. in princ.de natu.animal. quamobrem,nec Fabius,nec Sempronius dominium fundi haberent, quod recipiendum minime est,nam Titius tradendo fundum, transtulit in eos dominium.d.l.traditio &.§.per traditionẽ. Insti.de rer. diuisi. Restat ut illud idem dominium quod erat penes Titium, totũ translatum sit ad Fabium,totumque ad Sempronium: quemadmodum tota uox Titij ad aures Fabii, totaque ad aures Sempronij fertur,sed Fabius per illud integrum dominiũ, quod est penes ipsum poterit disponere de dimidia fundi parte dumtaxat, de altera uero disponet Sempronius, & ita nõ sunt duo domini eiusdem rei insolidum. tunc enim dicerentur duo domini insolidum, quando unusquisque per se, & simul de tota re posset disponere, id quod iureconsulti fieri posse negant.l.si ut certo.§. si duobus uehiculũ ff.commod.l.hæreditate.§.pater.ff.de castr. pecul. quemadmodum nec ubi ego sedeo, tu sedere potes. nec tu stare potes in eodem loco,ubi ego sto.l.possideri.§. ex contrario ff.de acquir.poss. nam possessio & dominiũ in hoc æquiparantur. Et ut clarè intelli-
7 gas quid sit † insolidum, seu pro solido possidere? dicas hanc dictionem solidus,solida solidum significare idem quod totum: & à solo,hoc est terra deducitur. dum igitur in d.§.si duobus dicitur, dominium esse duorũ insolidum non posse. expone insolidum, hoc est pro solido.nam Iureconsultus in d. l.hæreditate.§.pater. ait,nõ posse dominiũ apud duos pro solido esse intellige tu,pro solido, hoc est pro tota re est enim ablatiuus casus non negat Iureconsultus dominium posse apud duos pro diuersa fundi parte existere pro solido fundo, id fieri nequit.

Concludo igitur, totum dominium defuncti,seu uendentis transire in unũquẽq; hęredem, seu emptorem, per quod unusquisque poterit de parte rei, quæ sibi uenit disponere.

8 Vlterius quæritur an † res faciendæ dicantur indiuiduæ? ita in hac materia dicendum esse existimo, aut quis stipulatur rem faciendam, cuius formam prius in mente conceptam uerbis exprimit, ut puta stipulatur quis ædificari sibi domum triginta pedum longam,uiginti latam,altam uero uiginti quinq;,cum duabus fenestris, duobusq; cubiculis, cum stabulo,cella uinaria,& coquina aliisq; mẽbris, prout suo arbitratu quisque ædificator potest mente concipere (harum enim partium ordo, & compositio erit forma ipsius domus 2.Poli.& Bar.in tractatu de alueo.) & si ita factum non fuerit, promiserit pœnã,utputa centum si partem fecerit, nullam domum fecisse intelligitur, cum ei propriã formam non dederit, quam stipulator mente conceperat: forma enim ex rei consumatione consistit. ita expresse inquit Iureconsul.in.d.l.si is qui.§.quædam.ff.ad.l.Falci. & Arist.1 Polit. ait formam cuiusque rei esse perfectionem ipsius rei. & licet partem fecerit, non tamen nascitur pro parte liberatio à pœna,sed tota soluenda est, quia operis effectus,hoc est finis, & forma in partes scindi non potest.l.in executione.uer.secunda.ff.de uerb. oblig. Item mortuo promissore,si ex duobus eius hæredibus unus,ædificauerit partem domus promissæ intra constitutum tempus,alter uero minime, ab omnibus,pro portione hæreditaria pœna committitur,& ideo ab eo qui ædificauit,pœna etiam peti proportione sua hæreditaria poterit.l.2.§.Cato.ff.de uerb.oblig. quia quod in partes diuidi non potest,si pro parte fiat, nulli à pœna liberationem parit, cum nihil factum intelligatur.d.§.quædam. stipulator enim non consequeretur id quod stipulatus est. arg.d.l. in executione.§. pro parte ff.de uerbo.oblig.stipulatus est,enim domũ fieri,non autem partem,facta igitur una parte neuter hæredum liberatur. Idem & de fossa dicendum est, fossa etiam habet propriam

priam formam. si quis enim stipuletur fossam fodi, longam pedum cẽtum, latam triũ, totidemque altam, hæ mensuræ earumque ordo & figura, erit forma fossæ, erit igitur in diuidua, ut dictum est: quamobrem si is dimidiatam fecerit, nullam fossam intelligitur fecisse. d. §. quædam, committetur igitur tota pœna, si ea promissa est. Idem dicendum est de hæredibus, mortuo promissore, si unus fodit dimidiatam fossam, alter uero nihil fecerit, ab unoquoque hærede, pro portione hæreditaria, pœna peti poterit, omnes enim peccasse uidentur, cum nisi insolidum peccare non poterunt: peccatum enim in minima formæ parte, est in tota forma, cum sit indiuisibilis. d. §. Cato. nulla enim fossa facta intelligitur, cum ei propria totaque forma data non sit, quæ non in dimidiata fossa, sed in eius consumatione consistit. d. §. quædam. sed ille qui partem suam & domus & fossæ fecit, potest petere famil. herciscun. iudicio sibi damnum a non obseruante resarciri. d. l. in executione in fin. prin. &. d. §. ex his. & si unus ex hæredibus totam domum ædificauerit, uel fossam foderit, quod pro cohærede expendit, famil. herciscun. iudicio repetet, eo quia ipse solus solidum opus fecerit, qua se liberauit cohæredem. Idem dicendum est si quis sibi uestem, capsam, & huiusmodi fieri stipulatus fuerit, hæc enim omnia habent propriam formam mente stipulatoris conceptam, uerbisque expressam: quamobrem pro parte fieri non posset, ut supra dictum est, & si pro parte fieret, nihil horum factum intelligitur. d. §. quædam: nullusque ex hæredibus liberatur, & hæc est uera ratio, quamobrem facienda in diuidua dicantur. Ratio autem Docto. facile refutari potest. aiunt enim ideo dici indiuidua, quia pars facta nõ affert tantam utilitatem respectu partis, quã tam totum respectu totius si hoc esset uerũ, sequeretur stipulationem, fossam fodi longam centum pedum, & domum ædificari, ut supra dictum est, esse diuiduam, si quidem dimidia pars domus, cum parietibus, tectoque cum pauimentis, cubiculisque suis defenderet à uento & pluuia, pro ea parte, quẽ admodum tota respectu totius. Item si foderetur dimidia pars fossæ defenderet fundum pro illa parte, quemadmodum tota pro toto, idcirco posset dici diuiduæ, quod est falsum. d. l. stipulationes non diuiduntur. & ob id eorum ratio non est tenenda. Posset tamen à principio quis stipulari dimidiam, suprascriptæ domus partem ædificari, seu fossam dimidiatam fodi. arg. l. locus. ff. de acqui reu. posses. & l. 2. §. præterea. ff. de aqua plu. arcen. tenet Bar. in. d. l. stipulationes non diuiduntur. in 6. opposit. nam dimidia pars illius domus designatæ suis mensuris, suisque simmetrijs architectatæ, & dimidia pars illius fossæ, est perinde ac si totum quoddam esset, cum in mente stipulantis, pars illa dimidia fuerit suis mensuris designata, uerbisque expressa. quamobrem etiam illa dimidia dicetur habere propriam formã quæ ex eius compositione & consumatione contingit d. § quædam. & l. si is qui, ad. l. Falc. si itaque promissor fecerit illam dimidiam domus partem, fecit totum id quod promisit, & stipulator consequitur id quod stipulatus est. Aduerte nam licet quis stipuletur sibi fieri dimidiã partẽ domus seu fossæ, non ob hoc dicitur quid diuiduum, illa enim est pars dimidia respectu totius domus, sed respectu stipulatoris & promissoris, & formæ assignatæ est quid totum, quare si promissor fecerit partem illius dimidiæ, nihil fecisse dicetur, cum propriam formam ei à stipulatore assignatam, illi dimidiæ non tribuerit. d. §. quædam. & ideo si promissor faciat dimidiam partem dimidiæ, non facit quod promisit, quia non dat illi dimidiæ promissæ consumationem, & sic propriam formam. d. §. quædam. committitur igitur tota pœna, si qua promissa est. Mortuo autem promissore, si ex duobus hæredibus unus faciat partem dimidiæ promissæ, is qui fecit non liberatur. facta enim parte dimidiæ, non est facta tota domus promissæ dimidia pars, quamobrem ab utroque hæredum tota pœna peti potest, & tamẽ is qui fecit ab eo qui non fecit, id quod soluit repetere potest, ut diximus. Præterea potest quis. puta Lucius stipulari sibi domus partem mensuris & simmetrijs descriptam seu architectatam ædificari, potest & Titius sibi stipulari ut altera eiusdem domus pars ædificetur, & uterque dicetur non partem

domus, sed totum quid stipulari, ut patet ex supradictis. Et ex his facile intelliges quæ sint, & quare ea quæ in faciendo consistunt, dicantur indiuidua.

9 Dubitatur † an stipulatio operarum sit diuidua? Iureconsul. in.l. stipulationes non diuiduntur. de uerbor. oblig. dicit stipulationem operarum diuisionem non recipere, contrarium dicitur in l.in stipulationibus.§. operarum.ff. eod.

Tu uero dicas, necessarium esse quidquid est, propriam habere formam, a qua sumat esse & substantiam, sola enim forma dat esse rei siue naturali, siue artificiali, siue corporali, siue incorporali.d.l. Iulianus.§. si quis.ff. ad exhiben. si igitur opera est, necessario propriam habet formam, quæ nam igitur erit operæ forma, quærenda est ex ipsius diffinitione? diffinitio enim est id quod demonstrat esse rei, per essentialia, ut ait philos. Cum igitur opera sit officium diurnum. l.1.ff.de op. lib. sequitur ut operæ formæ sit perfectio, seu consumatio illius officij diurni, cum forma contingat ex rei consumatione.d.l.si is qui.§.quædam.ff.ad.l. Falc. & forma operæ consistit in tempore à stipulatore descripto, & in officio laborantis.
Is igitur qui promisit operam, promisit officium laboremque totius diei, hoc est duodecim horarum, si uult præstare quod promisit, debet tota die operam præstare, nec partem operæ per horas potest soluere.l.3. ff. de ope. liber. nam si partem operæ per horas solueret, nullam operam soluisse intelligeretur, cum ei non dederit propriam formam, hoc est cum diurnum officium nō præstiterit arg.d.§.quædam. Conclude igitur stipulationem unius operæ diuisionē nō recipere. At si quis stipuletur duas sibi operas præstari, quod facere potest, si promissor soluat, seu præstet unam, pro una liberabitur, non enim fit diuisio stipulationis in partes operarum, sed in numero.d.l.in stipulationibus.§.operarum, ibi, sed in numerum cedit, tunc enim fieret diuisio in partes, si præstaret partem hodie unius operæ, cras uero alterius, quod fieri minime potest, & ita intelligitur text. in.l. stipulationes, non diuiduntur, ubi dicitur operarum stipulationem diuisionem non recipere, hoc est singulæ operæ, pro parte præstari non possunt, pro numero uerò possunt.d.§.operarum.

10 Sed obijcitur, & est terribilis, ut aiunt, scribentes obiectio, obijcitur inquam † tex. in.d.§.operarum, uers. quod si unam operā. ubi si unam operam seruus communis stipulatus fuerit, necesse est, utrique dominorum tantum operæ partem petere, quantam in seruo portionem habuerit. uides, itaque unius operæ stipulationem recipere diuisionem, partemque operæ posse peti. Doctores communiter exponunt, partem operæ, hoc est partem æstimationis ipsius operæ, hæc expositio mihi minime placet, destruit enim literam, arguitque iureconsul. quasi nesciret dicere operæ æstimationem.

Tu uero pro solutione, repete id quod dictum est supra, diximus enim unum posse stipulari domus partem sibi ædificari mensuris simmetrijsque à se descriptam, & fossæ partem fodi eodem modo, alterum uero alteram eiusdem domus partem, ita & de opera dicendum est, ut tenet Bar.in.l.stipulationes non diuiduntur in 6.oppo.ff. de uerbo. obligat. ubi ait, dico quod ista sunt facta diuidua tempore contractus, quia pro parte potest quis stipulari fundum tradi, fossam fodi, & similia, sed postquam pro solido sunt deducta in stipulationem non diuiduntur aliquo modo. Potest igitur unus ab artifice quopiam stipulari dimidiam partem operæ unius diei, ut puta, per sex horas: poterit & alter stipulari alteram eiusdem operæ partem, ueluti per sex alias horas eiusdem diei uel alterius: poterit item promissor soluere primo stipulatori partem operæ promissam & liberabitur. Nam supra demonstratum est partem unius operæ designatam & descriptam spatio sex horarum perinde haberi, ac si tota opera esset, habet enim propriam forma, hoc est sex horarum spatium quo laborandum est, forma autem est perfectio rei, & in rei consumatione contingit, ergo illa pars operæ habet consumationem & perfectionem à forma à stipulatore descriptam, si igitur promissor soluat illam partem, dicitur soluere quoddam totum sua consumatione, hoc est forma,

forma, perfectum, arg. d. §. quædam. quemadmodum si quis leget partem fundi uerbis descriptam atque designatam, dicitur legare fundum: pars enim illa descripta quoddam totum est. l. planè in. fi. de leg. 1. At si promissor uelit soluere dimidiam partem illius dimidiæ, exempli causa, si uelit per tres horas laborare, utique non poterit, diuideretur enim forma à stipulatore descripta, stipulatus est enim operam sex horarum, & ideo stipulator id quod stipulatus est, non consequeretur. l. in executione. §. pro parte. ff. de uerbo. obliga. His præmissis pro solutione obiectionis dicito, seruum esse instrumentum domini animatum, & per illum dominus agit, sicut artifex per instrumenta inanimata. Aristo. 1. Polit. & plenè diximus in materia acqui. possess. hinc dici solet, uox serui, uox domini, nam cum seruus sit instrumentum domini, consequenter uox serui, fingitur uox domini: seruus enim, domini uoce loqui uidetur. §. post mortem. Instit. de inutil. stipul.

Item seruus communis personam duorum dominorum sustinet, & est perinde ac si essent duo serui: quamobrem si seruus Lutij & Titij ita stipulatus sit, Lutio & Titio dare spondes? perinde est, ac si duæ stipulationes separatim conceptæ fuissent, una in personam Lutij, altera in Titij personam l. 1. §. communis seruus. ff. de stipu. ser. unde si unam operam stipulatus fuerit, perinde erit, ac si duæ stipulationes conceptæ fuissent, una in persona Lutij, qua dimidiam operæ partem Lutio stipulatus intelligitur, altera in persona Titij, qua alteram operæ dimidiam Titio stipulatus intelligitur. & est perinde ac si Titius stipulatus esset dimidiam operæ partem per sex horas unius diei, & altera Lutius per sex alias horas eiusdem diei uel alterius diei, quod fieri potest, ut supra demonstratum est. Et sic à principio potest quis stipulari partem operæ, sed postquam tota opera promissa est, neque deberi, neque solui pars potest. l. libertus. ff. de ope. liber. dum text. ibi dicit, partem operæ non posse promitti neque solui, intellige, si stipulor à te operam tunc non potes promittere partem, quia stipulator non haberet quod stipulatus est, quemadmodum si stipulator à te mihi domũ ædificari, si partem promittas nihil agitur, possum tamen à principio stipulari dimidiam partem domus mihi ædificari, id quod si promittas ad id teneris promisisti enim totum quoddam, ita & de opera dicẽdum est.

Er ut clarius pateat, rursus dicito, si promittas mihi domum ædificare, tunc paries est pars ipsius domus, & icci rco si eum ædificaueris, nequaquam liberaris, non enim totum ut promiseras, sed partem ædificasti: at si promiseris parietes per se ædificare, non partem, sed totum quid promisisti, cum ipsæ partes per se sint totæ, & ex suis constent partibus. ut ait Aristo. lib. 1. cap. 1. de historia animalium, quo circa si parietes ædificaueris, certè liberaris, totum enim quod promiseras fecisti. Ita si operam promittas, & consequenter duodecim horarum officium, non poteris dimidiam partem operæ, & sic officium sex horarum præstare, non enim quod promiseras, id solues, cum hoc casu officium sex horarum sit pars operæ: at si officium sex horarum, & per consequens dimidiatam operam à principio promiseris, non partem sed totum promisisse uideris, ipsum enim sex horarum officium per se quoddam totum est, & ex suis constat partibus, & per consequens habet suam formam, ordo enim & compositio in artificialibus est forma, Aristo. 2. Phys. & tale officium talesque horæ sunt artificiales, ut nulli non patet, ergo &c. opera enim in factione, & tempore consistit, & utrunque potest in partes ab homine secari, & quælibet pars affert utilitatẽ: secus in itinere, & uia, quæ in iure consistunt, & sunt iuris, nec possunt in partes diuidi, & nulla huiusmodi seruitutis pars per se potest afferre utilitatem, nec ratione personæ, nec ratione loci. In proposito igitur casu, Lutius potest duntaxat petere dimidiã operæ partem, non tanquam partem totius operæ, sed ueti totum quoddam promissum, alteram uero dimidiam petet Titius. hoc ipsum dicit texr. in. d. §. operarum dum ait, quod si unam operam seruus communis stipulatus fuerit, necesse est utrique dominorum, partẽ petere, necesse est inquit, propterea quod duæ cẽsẽtur cõceptę stipulationes, una

nes, una in persona unius domini, altera in alterius, & hæc est uera illius tex. expositio, uerumtamen si uterque dominorum uelit petere operas sex horarum ante meridiem, & ita discordarent, officio iudicis ad concordiam redigendi sunt, ut uni opera, alteri uero æstimatio præstetur, uel forte res agetur, eodem modo intelligendus est tex. d. l. si quando. ff. de ope. liber.

Sed huic sententiæ fortasse hoc argumen
11 to occurres, dices enim ab eo, à quo † diffinitio remouetur, necesse est & diffinitum remoueri: ut puta, diffinitum est homo, diffinitio est animal rationale mortale. sed quoniã huiusmodi diffinitio remouetur à saxo, necesse est, & diffinitum ab eo remoueri, & per consequens saxum, non erit homo. Ita & in re proposita, diffinitum erit opera, diffinitio erit officium diurnum, opera enim est officium diurnum. l. 1. ff. de oper. liber. quamobrem, cum diurnum officium, & consequenter diffinitio, ab operatione trium uel sex horarum amoueatur, necessario sequitur, ut & diffinitum, & sic opera amoueatur, operatio igitur trium uel sex horarum, non erit opera. Sed hoc argumentũ facile, reijcietur, & ut hoc fiat, prius sciendum est, diurnum, & nocturnum, esse opposita: & tot modis dicitur unum ex oppositis, quot & alterum. Arist. 5. Ethic. circa princ. & Imper. in institu. de his qui sunt sui uel alie. iur. in princ. quemadmodum ergo nocturnum dicitur, & id quod tota nocte fit, ueluti tenebræ nocturnæ, & id quod aliqua noctis parte fit, ut puta furtum, seu fur nocturnus. l. furem. ff. ad. l. cornel. de sic. ita ratione oppositorum diurnum dici oportet, & id, quod tota die, ut diurna lux, & id quod in aliqua diei parte fit, ut sacrificium diurnum. Cum itaque opera ex sententia eorũ, qui uocabula interpretantur, sit quædam corporis operatio, siue talis operatio tota die, siue parte diei fiat, bene diurnum officium appellari potest, cum diurnum, ut dictum est, tam id, quod per tres, uel sex diei horas, quam id quod toto die fit, recte dicatur. hoc igitur pronunciatum diurnum officium, ita competit ei operationi. quæ in parte diei, sicut ei quæ toto die efficitur, nam rem factam facere, seu ut aiunt, missam dicere, plerunque est diurnum officium: Item ius pro tribunali dicere, est etiam diurnum officium, & tamen non tota die, sed una uel duabus horis hoc exercetur. Item si cocus operam alicui pro prandio curando, coquendo ue locauerit, certè ea opera est officium diurnum, non tamen totius diei, sed ad summum quatuor horarum. nil igitur obest quin operatio per tres uel sex horas diei, diurnum officium recte appelletur. ea igitur diffinitio, si diffinitio dici potest, ab opera trium horarum diei, minime remouetur, operatio enim trium horarum separatim per se promissa, ab operatione totius diei per se promissa, mediocritate non specie differt, sicuti scapha à naui. l. si. ff. de fun. instruc. instr. leg. utrique igitur eadem competit diffinitio, quemadmodum eadem hominis diffinitio, & giganti & pigmeo accommodatur. non igitur obest quod obijciebas, sed hæc adeo propinqua sunt ut æquiuocatio lateat. Tu ergo ut clare intelligas ita distinguito. aut quis a principio operam simpliciter stipulatur, quod in dubio de totius diei opera intelligitur, & tunc sine controuersia, operã trium uel sex horarum est pars ipsius totius, & per consequens ea pars, nec solui nec promitti nec peti potest. l. libertus. §. 1. ff. de oper. liber.

Aut quis a principio separatim operam trium uel sex horarum stipulatur, & tunc talis opera, non pars, sed totum quoddam per se promissum, sine dubio dicetur, cuius pars erit duarum horarũ opera, quæ itidem nec solui, nec promitti nec peti poterit. d. §. 1. Accurate inquam considerandum est, quod Iureconsul. non dicit non posse quempiam a principio partem operæ stipulari, quia tunc non partem, sed totum quoddam stipulari censeretur. quemadmodum si quis decem oues stipuletur, sine dubio quinque oues sunt pars illarum decem: at si a principio quinque oues stipulatur, hæ profecto quinque oues, non pars aliqua, sed totum quoddam esse iudicatur. Quemadmodum qui stipulatur partem insulæ fieri, totum quoddam stipulatur. Soc. in Repet. l. eadem. §. Cato. ff. de uet. oblig. col. 20. nu. 87. & 88. & hoc alibi plene demonstratum est. Et si ita intelligis facile acquiesces, ueritate

ueritate enim inuenta intellectus quiescit. Et quia materia hæc subtilis habetur, ut clarior fiat, & ne res exemplis egeat ita dici
12 to. qualis † in promissore est obligatio, talis est in persona unius cuiusq; hæredis: nó enim ex persona hæredum conditio obligationis immutatur. l. 2. §. ex his. ff. de uerbor. oblig. & aduertendum est, ibi conditionem cap. pro natura, & forma, licet alij accipiát pro qualitate. dicit igitur Iureconsul. naturam seu formam obligationis, quæ erat in defuncto, in hæredum persona non mutari, sed est eadem, hoc est si obligatio in defuncti persona continebat rem diuiduam, continebit diuiduam, & in hæredum persona, si indiuiduam in illis itidem & indiuiduam continebit. Quamobrem si Lucius stipulatus fuit sexaginta à Titio, hæc stipulatio est diuidua, & consequenter & obligatio respectu rei, poterit itaque Lucius petere triginta, poterit & Titius soluere, & liberabitur in parte. l. 2. §. & harum, & ibi glos. ff. de uerbor. oblig. l. in executione in princi. ff. eod. Mortuo Titio promissore duobus relictis hæredibus, puta Sempronio & Seuio, illa obligatio passiua quæ erat in Titio, non mutata natura & forma in unum quemque hæredem transit, non dimidiata ut multi uolunt, sed tota ut supradictum est, in tertio præmisso, datur tamen illa tota obligatio pro hæreditaria portione, unusquisq; igitur hæredum pro triginta conuenietur, poterit tamen actor ab unoquoque partem illorum triginta petere, qua soluta pro ea parte liberabitur. d. §. & harum. & ibi glos. in uer. decem.

Sed quid si mortuo Lucio stipulatore supersint tres hæredes, ut puta Lucius, Flaminius & Scipio, quo casu illa actiua obligatio, quæ erat in persona Lucij in unumquéque eorum hæredum non pro parte sed tota sine dubio transit, quæ tota ut dictum est in hoc casu pro hæreditaria portione eis datur, hoc est unicuique pro uiginti, sed à quo petet puta Lucius suos ducatos uiginti? certè decem à Sempronio, totidemq; à Seio Titii hæredibus petenda sunt. idem Flaminius, & Scipio facient. At si Lucius stipulatus sit à Titio insulam ædificari, fossamúe fodi suis mensuris descriptam, uel operam sibi præstari, & similia indiuidua, hoc casu Lucius non poterit partem petere, sed totũ peti necesse est, nec Titius partem præstare poterit, sed ut totum præstet necessarium est. nam si partem faceret, nihil fecisse intelligeretur, cum rei promissæ propriá formam non dederit. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l. Falc. ubi hoc expresse dicitur quamobrem si qua pœna promissa est, tota committetur sin autem pœna promissa non fuerit, & non fecerit totam insulam totamque fossam, nec totam operam præstiterit, post moram pecuniam dari oportebit. d. l. stipulationes non diuiduntur in fin. princ. Mortuo Titio promissore duobus relictis hæredibus Sempronio scilicet & Seio, illa obligatio in Titii persona, quæ natura sua diuidi non poterat, eo quòd competebat pro rebus indiuiduis transit in unum quemque hæredẽ non mutata conditione, hoc est natura sua: non enim ex persona hæredum cõditio, hoc est natura obligationis immutatur. d. §. ex his. singuli igitur hæredum insolidum tenentur quia operis effectus in partes scindi non potest, ut dicit Iureconsultus in d. l. in executione. §. secunda. Effectus autem operis est finis & forma. finis enim operis est perfectio & natura ipsius operis. Arist. 1. Polit. perfectio autem ipsius operis est forma eiusdem operis. d. §. quædam. Forma uero est in diuisibilis ut sæpius dictum est. non potest itaque ut Iureconsultus ait in partes scindi, necessario igitur singuli hæredes insolidum tenentur, hinc Vlpianus ait, in. l. libertus. ff. de ope. lib. neque promitti (intellige tu, stipulanti totam) neque peti, neque solui pro parte poterit operam ratio quia indiuidua est. d. l. stipulationes non diuiduntur. idem de aliis indiuiduis dicendum est. Si igitur pœna certæ pecuniæ promissa sit, si id factum non erit, & unus ex hæredibus partem fecerit, alter uero minime, tota pœna committitur, & ab unoquoque tota pœna insolidum peti potest, etiam ab eo qui partem fecit, nam cum solum partem fecerit nihil fecisse intelligitur: poterit tamen is qui fecit, si totam pœnam soluerit, familiæ herciscundę iudicio petere sibi damnum ab alio hærede resarciri. d. l. in executione in fi. princ. E contrario si is qui non fecit, conuen

tus insolidum totam pœnam soluat, nihil à cohærede famil. hercisc. iudicio repetet. is enim est in causa, quamobrem pœna committatur, damnum enim quod quis sua cul pa sentit, sibi & non aliis imputari debet.l. damnum.ff.de reg. iur. Sin autem pœna nõ est promissa,& pro parte ab uno ex cohæredibus factum fuerit, quia non est factum id quod est promissum, hoc est non est data forma rei promissæ in pecunia numerata, hoc est in id quod interest, unusquisque hæres condemnabitur. d.l.stipulationes nõ diuiduntur.l.si quis ab alio.§ fi.ff.de re iud. & quia pecunia est res diuidua,hanc ob causam & petitio & solutio ad portiones hæreditarias spectant.d.l.in executione.§.prima species. Conueniendus est igitur unusquisque ex hæredibus pro portione hæreditaria in id quod interest,ut ibi. uerum tamen si quis eorum partem fecerit petet sibi damnum resarciri fam. hercis. iudicio, ab alio hære de qui non fecit,cum illius culpa eiusmodi damnum senserit.d.l. in executione in fin. princ.

Summarium

1 *Stipulatio rem tradi,& rem restitui, est indiuidua obligatione & solutione.*
2 *§.hæres.l.3.ff commoda declaratur.*
3 *Stipulatio adiecta contractui quomodo sortiatur naturam contractus.*
4 *L.in condictione ff.de condi. furti.declaratur.*
5 *Seruitutes sunt indiuiduæ.& cur. Fallit ratione subiecti.nu.7.*
6 *Res diuiduæ, uel indiuiduæ natura,quæ dicantur.*
8 *Vsusfructus an sit diuiduus.& quod sic.*
Dictio,caterum, quid referat.
9 *Vsusfructus cur sit diuiduus.*
10 *Vsus cur sit indiuiduus.*
Vsus. quid: & in quo differat ab usufructu.
11 *Stipulatio amplius non agi, & rem ratam haberi,cur diuiduæ.*
Diuiduum & indiuiduum quomodo cognoscatur. & uera regula ponitur. nu. 12.
13 *L.itinere.ff.de serui.rusti.prædio declaratur.*
14 *Item &.§.si fundus.l. loci corpus .ff.si serui. uendi.*
15 *Stipulatio per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat,est indiuidua,& cur.*
Dictio, quominus,quid.
16 *Stipulatio iter fieri,an ius uel factum contineat.*
17 *§.sed cum factum. Institu. de stipu. seru. declaratur.*
18 *Item &.l.si iter.ff.de seruitu.*
19 *Stipulatio, iter non fieri, an contineat ius uel factum.*
Et quid significet.
20 *Stipulatio per te non fieri quominus &c. quid inducat.*

LXXIII. DECLARATIO itidem indiuiduorum.

Caeterum quando quis non promittit rem faciendam, sed rem iam factam ex propria forma seu naturali, seu artificiosa consistentem, ueluti si quis stipuletur sibi rem tradi, seu restitui, quid iuris in hoc mox dicetur. Sed prius animaduertendum est secundum Doct. stipulationem rem tradi,differre à stipulatione rem restitui. aiunt enim primam esse indiuiduam & obligatione & solutione,pro pterea quod annumeratur inter ea quæ talia sunt d.l.stipulationes non diuiduntur. stipulatione uero aiunt esse diuiduam, idcirco potest quis stipulari dimidiam domus partem sibi tradi,ut diximus supra in his, quæ in faciendo consistunt. Secundo hoc est rẽ restitui aiunt esse diuiduam, non solum stipulatione, sed etiam obligatione, dicunt hoc probari in.l.iij.§.hæres.ff.commod. Ex hac distinctione multæ inter Doct. con trouersiæ oriuntur, quæ non bene tolli possunt,si eorum doctrinam sequamur. Ego
1 uero existimo utranque,† hoc est rem tradi,quam rem restitui,& obligatione & solutione esse indiuiduam, nec ratio reddi potest cur non idem in utraque dicatur.l.à Titio.ff.de uer.oblig. Et ut ita esse demonstretur scire oportet, id à quo res substantiam nomenque capit esse formam, & tantisper dum res non habet propriam formam,non dicitur res ipsa proprie. Exempli causa,ædificatur domus, ante quam detur ei propria forma,quæ est consumatio, & perfectio ipsius rei.l.si is.§. quædam.ff. ad.l. Falc. non proprie dicitur domus, nam neque paries per se, neque solum dicitur domus, licet sint

sint partes integrantes.l. eum qui ædes.ff. de usuc.sequitur itaque partem rei non esse ipsam rem promissam. Eodem modo postquam res ex propria forma constat, si quis partem ex ea detraxerit, non dicetur amplius illa eadem res, cum eius forma interierit: quemadmodum si quis ex scipho massam fecerit, quamquam massa remaneat, tamen non dicetur amplius illa eadem res, cum eius forma interierit: quemadmodum si quis ex scipho massam fecerit, quamquã massa remaneat, tamen non dicetur amplius sciphus, cũ substantia eius mutata forma prope interẽpta sit.l. Iulianus.§. si quis ff.ad exhibend. Redeo nunc ad propositum. si quis igitur stipulatus fuerit rem sibi restitui, puta domum, seu equum si promissor restituat partem domus, non dicitur domum restituisse, cum pars domus non sit illa domus, ut supra dictum est, & sic non restituit quod promisit, & consequenter stipulator non cõsequitur quod stipulatus est, quod esse nõ debet.d.l.in executione.§ pro parte. Quod autem stipulatio, rem restitui sit indiuidua solutione, est tex.in.l.si duo hę redes.ff. depos. ibi, nisi pro solido res non potest restitui. Quod autem sit indiuidua obligatione, est text. aper.in.l.1.§. si apud duos.ff.depos.ubi res fuit apud duos deposita, & tamen aduersus unumquemque eorum agi poterit. glos.in uer.agi poterit ait, scilicet insolidum: si insolidum, ergo est in diuidua obligatione.nec liberatur alter, si cum altero agatur, non enim electione, sed solutione liberantur. si igitur cum uno agatur, eoq; totam rem in stipulationem deductam soluente, alter liberatur, sequitur obligationem esse indiuiduam: nam si esset diuidua, & unusquisque sua obligatione teneretur si unus solueret etiam totum, eius tantum obligatio tolleretur, alterius uero non esset enim ab illa diuisa, & tamen solutione unius, uterque liberatur.d.§.si apud duos. Restat igitur ex his, obligationem rem restitui esse indiuiduam tam solutione, quam obligatione.

2 Sed huic conclusioni occurrit † text.in.l. 3.§.hæres.ff.commod. quo tex. omnes fere Doct. asserunt probari stipulationem rem restitui, esse diuiduam obligatione. ubi hæres commodatarij pro ea parte, qua hæres est conuenitur, si pro ea parte, ergo &c. Omissis quæ ab alijs super illo text. dicuntur, pro solutione supponito, ex obligationibus, aliam uerbis, consensu aliam, aliam uero re contrahi. Re contrahitur in deposito, & commodato. Insti.quib.mod. re contrah.oblig. quamobrem, nisi res deposita, seu commodata sit, impossibile est quenquã ex deposito, seu commodato obligari. in cõmodato itaque ipsa res est, quæ obligationem producit, & ideo si uni commodaueto dimidiam partem uestis, alteri uero alterã, unusquisque pro sua dimidia ex commodato obligatur, & pro parte conuenitur, impossibile est enim quempiam re obligari, nisi quatenus res ad eum peruenerit. Nunc ad propositum, si res, puta uestis Sempronio commodata sit, eo mortuo, si duo supersint hæredes, unum quemque pro ea parte, qua hæres est, actione commodati conueniri oportet, pro ea enim partem ad eum res per uenit: at si forte in hæreditatis diuisione, tota uestis ad alterum hæredem peruenerit, & sic totius rei restituendæ facultatem habet, & non faciat, hoc est rem totam non restituit, dicens se non teneri, nisi pro ea parte pro qua hæres est, tamen cum ea res penes ipsum tota sit & sic totam possidet, restituere condemnatur insolidum, & hoc ut fiat boni iudicis arbitrio conuenit, condemnatur inquam actione commodati primaria: est igitur obligatus in solidum, cum tota res apud eum sit.hoc est quod dicit text. in.d.§.hæres. ibi, nisi habeat facultatem totius rei restituendæ. Et nota, quòd in secundo casu, agitur eadem actione, hoc est actione, commodati, qua agebatur in principio. illa enim dictio nisi, exceptionem ponit, exceptio uero debet esse de regula.l. nã quod liquide.§.si.ff.de penul.leg. Et quia illa eadem obligatio, quæ erat penes defunctum, tota in unum quemq; hæredem, ut supradictum est in decl.præcedenti nu.4. transiuit, ideo si res deposita penes unum hæredem tota est, illa tota obligatione, pro tota re apud eum existente, conuenietur. si uero res penes utrunque hæredem est, uterq; conuenietur, ut in principio illius.§. eatenus.n. unusquisque actione depositi obligatur, quatenus

quatenus apud ipsum res est, cum huiusmo di obligatio re contrahatur. Item si apud duos res deposita sit, unusquisque eorum in solidum obligatur, cum insolidum apud unum quemque res deposita intelligatur. d. §. si apud duos. & ibi glos. in uer. agi poterit. id quod ostendit illa dictio distributiua unumquemque, quæ unicuique actum in solidum attribuit, Bar. in l. hoc articulo. ff. de hæred. insti. probat hoc idem. l. si duo. ff. depos. ibi insolidum conueniri poterunt ac si ipsi seruandum suscepissent: res est igitur quæ obligationem producit. & quanta est res, tanta est obligatio, causa enim producit effectum sibi similem. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. ueluti si caliditas in quarto gradu, producat calidum quatuor graduũ, caliditas dimidiata, hoc est in duobus gradibus, calidum dimidiatum producit. Ille igitur tex. in d. §. hæres. procedit in commodato solum, seu deposito: & ita non obstat conclusioni nostræ, quæ loquitur in stipulatione, quæ est uerborum conceptio. l. 5. §. stipulatio. Quicquid igitur uerbis conceptum est à stipulatore, ad unguem seruandum est, cum promissor uerbis ita conceptis obligetur. si quis igitur fuisset stipulatus rem sibi restitui, quo casu uerbis obligatio contrahitur. Insti. de uerbo. oblig. in princ. promissor esset obligatus insolidum, & nisi pro solido rem non posset restituere, promisit enim rem ipsam restituere. non poterit igitur partem, quemadmodum nec stipulator posset partem petere. arg. l. in commodato §. duabus. ff. commod. & d. l. si duo hæredes. ff. deposi. ubi dicitur, nisi pro solido rem nõ posse restitui. Si igitur promissor ad totam rem ex stipulatione obligatus est, eo defuncto unus quisq; hæres pro solido est obligatus, cum obligatio qua tenebatur defunctus, tota, ut dictum est in unumquenq; hæredem transeat. non enim ex persona hæredem conditio hoc est natura obligationis mutatur. l. 2. §. ex his. ff. de uerb. obl. quamobrem mortuo promissore duobus relictis hæredibus, eadem obligatio quæ erat in illo, transit in unumquemque hæredum de quo supra in quarto præmisso dictum est. & quemadmodum in promissore erat indiuidua, ita est indiuidua in uno quoque hærede. non enim ex persona hæredum conditio, hoc est natura obligationis immutatur l. 3. §. ex his. ff. de uerbo. obl. Verum est igitur stipulationem rem restitui, esse etiam obligatione indiuiduam, hoc est unusquisque hæres non pro portione hæreditaria, sed pro solido conueniendus est, quemadmodum & ipse promissor, pro solido poterat conueniri. Ex supradictis collige, obligationem rem restitui, si nascatur ex stipulatione esse indiuiduam. si uero ex deposito posse dici diuidua & indiuidua: nam si res tota est penes unum hæredem, est indiuidua, si uero est penes duos pro hæreditaria portione, est diuidua, unusquisque enim tenetur quatenus apud ipsum res est.

Sed dicit quispiam huiusmodi differentiam inter obligationem ex stipulatione: & ex deposito, minime admittendam esse. nã
3 †stipulatio adiecta cõtractui, sortitur illius naturam. l. si stipulans. ff. de usu. ergo sicut obligatio rem restitui potest esse diuidua ex depositio, poterit etiam esse diuidua ex stipulatione adiecta deposito ad hoc dicas uerum esse stipulationem adiectam contractui intelligendam esse secundum illius contractus naturam, hoc est quicquid operatur contractus, operatur & stipulatio illi adiecta, & eo modo quo ueniunt usuræ ex contractu, ueniunt & ex stipulatione: sed stipulatio non intelligitur secundum essentiam contractus, alioqui sequeretur absurdum, nã si stipulatio adiiciatur deposito, quod contrahitur re. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. seu emptioni, quæ contrahitur consensu. Inst. de oblig. quæ ex cons. nas. ipsa ẽẽ stipulatio diceretur re, uel consensu contrahi, id quod esse non potest. Insti. in princi. de uerbo. oblig. & l. 1. ff. eo. In proposito nostro in d. §. hæres. obligatio contrahitur re cum loquatur in commodato, & ideo dicitur iudiuidua. si uero res est apud duos hæredes, cum duo re obligentur, si res tota est apud unum, dicetur etiam indiuidua, & hoc fit ex essentia contractus: id quod in stipulatione esse non potest, cum non re, sed uerbis obligatio contrahatur, & quia una est uerborum conceptio, pro re restituenda, ita est una obligatio, & indiuidua, ut ex supra dictis patet.

Sed

4 Sed huic opinioni aduersatur † tex.in.l. in condictione.ff.de condic.fur. ubi dicitur, hæredem furis, teneri condictione furtiua ad rem restituendam, pro parte pro qua hæres est. Omissis his, quæ ab alijs super hoc traduntur, dicito actionem, qua ibi agitur ad rem restituendam, nasci ex obligatione, quæ ex maleficio sine partium conuentione orta est. Inst. de obli. quæ ex delic. nas. in prin. non auté re contrahitur, sicut in deposito, & commodato. Ex furto itaque nascitur obligatio, ex qua duæ oriuntur actiones una nominatur actio furti, qua pæna, altera condictio furtiua qua res ipsa petitur. l. si pro fure. §. 1. ff. de condic. fur. §. fi. Institu. de obliga. quæ ex delic. nas. cuius condictionis ea est natura, ut si tota res sit apud furé, hac condictione, tota petatur, si pars itidem & pars petatur. l. si seruus. §. boue. ff. de condic. furti. & si res apud furem non extet, eiusmodi conditio datur ad eius æstimationem l. in re furtiua. ff. eod. sed quando, pars condicitur, puta mortuo boue. condicitur coriū potest totius rei pretium condici, detracto tamen corij pretio, est itaque huius condictionis natura, ut non solum pro tota re, sed pro eius parte competat. d. §. boue. quam naturam consecuta est a causa efficiente hoc est a facultate legumlatrice. Mortuo itaque fure illa eadem obligatio, quæ erat in ipso, est tota in unoquoque suo hærede, de quo supra in quarto præmisso dictum est, nec ex persona hæredis condictio, hoc est natura obligationis immutatur. d. l. 2. §. ex his. ff. de uer. oblig. ea igitur condictio, quæ ex ea nascitur, competit natura sua pro tota re, si tota est apud alterutrum hæredem, uel pro parte, si pars apud unum est. d. §. boue. unde si unus est hæres, & pars rei furtiuæ ad eum peruenit, tenetur illam partem restituere, eius uero partis quæ ad eum non peruenit æstimationem soluere cogetur, & ita potest dici insolidum teneri, partis enim rei furtiuæ apud hæredem non extantis æstimatio debetur. d. §. boue. & hoc odio furis receptum est. arg. §. sic itaque discretis Inst. de actio. Si uero nō sumus in re furtiua, unusquisque hæres pro ea parte quæ ad eum peruenit, tenetur. l. si plures. ff. de ui & ui arm. ubi Paulus ait, si plures hæredes sint, unusquisque non amplius quā ad eum peruenerit tenetur, qua de causa interdū insolidum tenebitur is ad quem totum peruenerit, quāuis ex parte hæres sit. hæc ille. Hanc autem naturam ut dixi habet a lege, ut hæredes delinquentis conueniantur in id, quod ad eos peruenit. l. 1. C. ex defun. delic. facit tex. in. l. 1. §. fi. in ultimis uerbis. ff. de ui & ui arm. ibi de eo quod ad eum peruenit, & l. 2. C. unde ui, ubi Imperator ait, hæredes teneri in tantum, in quantum ad eos peruenit.

At in casu de quo loquimur secus est, nam si quis domum sibi uel equum restitui stipuletur, non poterit equi uel domus partem à promissore petere, & si peteret exceptione summoueretur, peteret enim aliud, quam quod fuerit stipulatus. nam pars domus non est ipsa domus, nec pars equi, est ipse equus sicut nec pars faciei est ipsa facies. Aristo. de natura anim. in princ. sunt enim res dissimilares. Quemadmodum is qui lecticam commodauit, si partem petat, non rectè aget. l. in commodato. §. duabus. ff. cōmo. ratio est, quia pars lecticæ non est lectica, quamobrem non petit id quod commodauit: ita in stipulatione rem restitui dicendū est. Præterea à fine sumitur ratio eorū quæ sunt ad finem. l. oratio. ff. de spons. Arist. 5. Eth. solutio est finis obligationis. si igitur huiusmodi stipulatio solutione est indiuidua quia pro parte solui non potest. d. l. stipulationes non diuiduntur, sequitur ut etiam obligatione sit indiuidua, ita ut unusquisque hæres insolidum teneatur, frustra enim pro ea parte, pro qua est hæres teneretur, si conuentus partem soluere non posset. lex & natura nihil frustra facit. l. hæc stipulatio. §. diuus. ff. ut leg. no. cauea. Aristo. 1. Polit.

Et quia supradictum est, quando tota res est penes unum ex hæredibus, eum pro solido teneri. d. §. hæres. huic sententiæ occurrit tex. in. l. si tibi homo. §. si fundus. ff. de leg. 1. ubi fundus ab omnibus hæredibus legatus fuit, qui unius hæredis erat, & sic totus fundus erat penes unum, & tamen non potest nisi pro ea parte, pro qua est hæres conueniri, in reliquas uero partes reliqui tenentur, non est igitur uerum eum posse insolidum cōueniri, apud quem tota res est?

 Sed ille

Sed ille tex. certe non obest, est enim diuersus casus, nam in § hæres, obligatio contrahitur re, cum res sit commodata, is igitur hæres penes quem res cõmodata est re obligatur, actioneque commodati tota re penes eum existente insolidum conuenitur, alios uero apud quos nulla rei pars extat, impossibile est re obligari, idcirco non tenentur, ut supradictum iam est. at in. §. si fundus. sumus in legato quo casu hæres non obligatur re, sed adeundo hæreditatem tenetur ex testamento. Inst. quæ ex quasi cont. nasc. §. hæres. cum igitur ibi plures hæredes adierint hæreditatem, unusquisque adeundo pro sua portione obligatur, ob quam tenetur, uel redimere partem fundi legati, uel æstimationem præstare. Inst. de leg. §. non solũ, & ita ille. §. si fundus. non est contrarius. §. hæres. Stet igitur firma conclusio, stipulatio rem restitui est indiuidua & obligatione, & solutione, quemadmodum rem tradi. cui conclusioni, ut demonstratum est, nihil obstat.

5 SVnt præterea quædam, † quæ nec contractu, nec obligatione nec solutione diuisionem recipiunt, ueluti uia, actus, iter, aquæductus, cæteræque seruitutes hæc enim naturu ipsa diuisionem nullo modo admittunt. d. l. stipulationes non diuiduntur. d. l. 2. §. & harum. ff de uerbo. oblig. Hæc enim dicuntur indiuidua contractu, propterea quod non potest quis partem uiæ seu itineris stipulari, nec pars promitti potest: item obligatione, quia hæres non pro hæreditaria portione, sed insolidũ tenetur: item indiuidua solutione ea ratione, quia eorum pars neque peti neque solui potest. l. libertus ff. de oper. liber. Sed quamobrẽ hæc ita sint, uariæ à doctor. redduntur rationes, sed omnes fere a scribentibus mordentur, hãc ob causam eas missas faciamus.

Tu uero audi quam arbitror ueram esse 6 rationem, sed prius scire oportet, † ea solum in partes diuidui posse, quæ sunt mixta, seu composita, habentque corpus partes ue eius, ueluti lignum saxum, uitrum, glacies, & huiusmodi. hæc enim habent poros, uel ratos, uel densos, directos, siue transuersos, quibus poris res diuidi, scindi, findi diminuique possunt. Aristo. in 4. meta. & hæc natura diuidua dicuntur. E contrario res quæ non sunt mixtæ seu compositæ, nec habent corpus siue partes, & consequenter nec poros, neque diuidui, neque findi, neque scindi natura possunt, ut sunt res incorporales, ueluti anima, Angeli, punctum, & forma naturalis seu artificiosa facta siue faciẽda, quæ ideo dicuntur indiuidua, quoniam si diuiderentur, nõ essent eædẽ, impossibile est enim in partes id diuidi quod partes non habet: sed iter, actus, uia sunt incorporales. Institu. de reb corp. & incorpo. & ideo partes non habent. Et licet sint res incorporales, tamen extant, si extant ergo habent proprium esse & substantiam, & consequenter habẽt propriam formam, nihil enim dat esse rei, nisi forma. l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhiben. res igitur incorporalis tota est forma, in eaque consistit, quemadmodum sunt angeli, & anima, & forma, merito igitur diuisionem nõ recipiunt, nulla enim forma præter uegetatiuam recipit diuisionem.

Ducatur itaque hoc modo argumentum, ea solum possunt diuidi, quæ habent corpus & partes: sed iter uia cæteræque seruitutes non habent corpus & partes, sunt enim incorporales, ergo diuidi non possunt, hoc ipsum uult text. in. d. §. & harum. cum ait, has res natura diuisionem non admittere, nec lex eas diuidit, qnia natura diuidi non possunt. l. hæredes. §. an ea. ff. famil. hercifcun. Quemadmodum si quis stipularetur sibi dari partem puncti, stipulatio non ualeret. est enim impossibile puncti partem pæstari, cum punctum nullas habeat partes & impossibilium nulla est obligatio. l. impossibilium. ff. de reg. iur. ita si quis stipularetur partem uiæ, itinetis, aliarumque seruitutum, nulla cõtraheretur obligatio. est enim impossibile harum partes deberi, cum nullã habeant partem, sunt enim incorporales. l. 1. ff. de rer. diu. Est itaque diligenter aduertendum, quod aut consideramus iter, actum, & uiam, prout in iure consistunt, & ita sunt seruitute, & per consequens incorporales, & tunc sunt omnimodo indiuiduæ. ita procedit text. in. d. l. stipulationes non diuiduntur. & text. in. d. § & harum. ubi dicitur has natura diuisionem non admittere, &

te, & text. in.d.l hæredes, qui dicit stipulationem harum seruitutum per legem duodecim tabularum non diuidi, quia nec potest. nota accurate illa uerba, nec potest, quia negatio præposita ante uerbum potest negat potentiam ab actu. Aut considera-
7 mus huiusmodi † seruitutum subiectum, hoc est fundum cui debetur, & fundum qui debet, uel fistulas quibus aqua ducitur, & tunc potest quis stipulari iter seu uiam, ad certam partem fundi sui, & per certam partem fundi uicini. at si a principio simpliciter seruitus sit constituta, ab omnibus parti bus fundi seruientis, omnibus fundi dominantis partibus debetur. l. uiæ constitui. §. quæcunque. ff. de seru. rust. præd. Potest & pro parte utriusque fundi remitti. d. l. ad certam. quamobrem quodammodo seruitus diuisa uidetur, sed minime diuiditur. nam quemadmodum quando in toto speculo est imago tua, si partem è speculo dempseris, imago tua non diuiditur sed tota remanet in parte, & si a principio partem speculi accipias, tota imago in ea apparebit parte: ita tota seruitus potest in certa fundi parte constitui. d. l. qui ad certam. & si in toto fundo erat constituta, potes certã partem fundi seruientis liberare, tota tamen seruitus in altera parte remanebit, sicut dictum est de imagine in speculo. Item si fundus, cui seruitus debetur, certis regionibus inter plures dominos diuisus sit, omnibus partibus tota, & non diuisa seruitus debetur. l. uia constitui. §. quæcunque. ff. de seru. rust. præ. sicut dictum est de imagine in speculo, in quarto præmisso. Item si consideramus aquæductum, prout est ius aquæ ducendæ, erit omnino indiuiduus, prout iter & uia, quæ consistit in iure, & sic est incorporalis. Institu. de reb. corpor. uel incorpor. si incorporalis, ergo non habet partes. si partes non habet, ergo diuidi non potest, ut dictum est, de uia, & itinere. At si consideramus fistulas, & loca per quæ ducitur aqua, poterunt hæc in partes diuidi, & pars diuisæ fistulæ non erit pars, sed tota fistula. arg. l. si quis duas. §. si quis partem. ff. com. prædio. aquæ ductus tamen non diuisus, sed totus erit in qualibet fistulæ parte, sicut dictum est supra de itinere, & uia. ita procedit text. in. l. lurio. cum. l. sequẽ. de aqua quoti. & æsti ff. ubi ait, aquam non solum temporibus, sed mensuris posse diuidi. nota quod dicit aquam, non autem dicit, aquæ ductum, hoc est ius aquæ ducendæ. Concludo igitur ex his, seruitutes in se omni modo esse indiuiduas, ratione uero subiecti in partes diuisi, quodammodo diuisæ dici possent, non tamen diuiduntur.

8 Dubitatur, an † ususfructus sit diuiduus, uel indiuiduus? tex. in. l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerbo. obliga. ostendit esse indiuiduum, dum ait, stipulationem uiæ, itineris, actus, aquæ ductus, cæterarumque seruitutũ diuisionẽ non recipere. hoc. n. nomen cætera, cæterum, quãuis sit relatiuum diuersitatis, refert tamen antecedens diuersum à consequenti cum quo concordat, ostenditque cõsequens esse eiusdem generis, uel speciei, cum antecedenti quod refert. sicut igitur antecedens, hoc est uia, & iter est indiuiduum, ita hæc appellatio cæterarum, ostẽdit alias seruitutes, & per consequens usumfructum esse indiuiduum. E contrario est tex. in. l. t. §. si ususfructus. ff. ad. l. fal. & in l. ususfructus. ff. de usufruc. & in. l. usus pars ff. de usu & habi. ubi apertè ostenditur, usumfructum esse diuiduũ, & ita ferè omnes Doc. tenent, quibus & ego assentior, cum his legibus respon deri non possit Ad tex. in. d. l. stipulationes non diuidũtur. respondet ibi glos. in uer. ser uitutũ. omnes seruitutes esse indiuiduas præter usumfructũ. hãc glos. approbãt Doc. qui bus standũ est, propter illas leges paulo ante citatas. Ad argumentũ de relatiuo cæterorũ, responde, relatiua huiusmodi cætera, alius alia aliud, referunt cõsequens esse eiusdem generis cũ antecedẽti. unde illud, & casia atque alijs intexens suauibus hærbis illo relatiuo, alijs ostenditur casiam esse hærbã, & sic eiusdẽ generis, sed non eiusdẽ naturæ, nam licet casia sit in genere hærbarũ, tamẽ alia est natura casiæ, alia cæterarum hærbarum. Ita dicendũ est de usufructu. nam licet sit in eodem genere, supremo, in quo aliæ seruitutes, tamen natura ususfructus ab aliarum seruitutum natura, longè distat, nam æquus, & homo sunt sub eodem

animalis genere, tamen equi natura ab homine magnopere differt: usufructus enim qui comparatur animæ uegetatiuæ, ut inferius ostenditur, non est eiusdé generis subalterni, cũ uia & itinere, quæ cóporantur animæ sensitiuæ, quemadmodũ anima uegetatiua non est eiusdem generis subalterni, cum anima sensitiua, ut clarè inferius patebit.

9 Sed quærenda est ratio, † quamobrem usus fructus solus, inter seruitutes sit diuiduus?

Omissis his, quæ ab alijs dicuntur, hanc si placet accipito rationem, pro qua sciendum est, quemadmodum natura fecit aliquam formam omnino indiuiduam, aliquã uerò diuiduam: exempli causa, anima rationalis, quæ est forma hominis, est omnino indiuidua, item & anima sensitiua, seu sensiua, est enim tota in toto, & tota in qualibet parte, ut dicunt philosophi, & Doc. in d.l. stipulationes non diuiduntur, & præsertim Bar. in tertia oppo. si enim abscinderetur pars hominis, siue equi, puta pes seu crus non diuideretur anima rationalis seu sensitiua, in illo enim crure inciso, non esset pars animæ, sed tota erit in reliquo corpore. Anima uero uegetatiua est diuidua, est enim per omnes plantæ partes dispersa, & si ex planta ramus abscindatur, in illo ramo est etiã pars animæ uegetatiuæ, adeo quod si quis ramum humi defixeris comprehendet terram, radicesque aget, germinabit, fructusque afferet. hæc enim fieri non possent, si in eo ramo, pars animæ uegetatiuæ non existeret cuius ea est uirtus, ut planta radices agat, nutriatur, crescat, generetque. Aristo. 2. Polit. & in. 2. de anima plenius. Ita facultas legumlatrix imitans naturam, constituit quasdam seruitutes omnino indiuiduas, ut est seruitus uiæ, itineris, & huiusmodi, quæ est tota in toto, & tota in qualibet parte, sicut anima rationalis, & sensiua. l. uia constitui. §. quæcunque. ff. de serui. rusti. prædio. & ibi Bar. non tamen huiusmodi seruitutes sunt sparsæ per totum fundum, sed potest quis uti uia, itinere per quamlibet fundi partem, & qua primum uiam direxerit ea demum ire agere debet, nec amplius mutandi potestatem habet. l. si cui. ff. de serui. Licet igitur seruitus uiæ & itineris, ab omnibus fundi seruiẽtis partibus, unicuique dominãtis fundi debeatur. d. §. quæcunque tamen si dominus fundi, cui seruitus debetur, cæperit ire per unã partẽ, tota est in ea parte, & non in alijs. d. l. si cui, non est igitur per totum fundum dispersa, quamobrem nec est diuidua. Constituit præterea, eadem legumlatrix facultas aliam seruitutem, quæ est diuidua; puta usumfructum, est enim usus fructus ius alienis rebus utendi, & fruendi, & est ius in corpore, quo sublato, & ipsum tolli necesse est. l. 1. & 2. ff. de usufruc. si est ius in corpore, ergo est per totum corpus dispersum: usufructuarius enim si cæperit uti frui una parte fundi, poterit etiam & alijs partibus uti frui. l. hactenus. ff. de usufruc. quod facere non potest is qui habet iter ad fundum: nam si cæpit ire per unam partem fundi, potest prohiberi, ne per alias partes eiusdem fundi eat. d. l. si cui. Non est igitur usufructus totus in toto, & totus in qualibet parte, sicut iter, & uia, nam si usufructuarius percipiat fructus ex una parte fundi, puta ex uinea, illa fructuum perceptio non est totus usufructus potest enim, & in alia fundi parte percipere fructus, puta poma: & sic usufructus est, per totum fundũ diffusus sicut anima uegetatiua per totã plãtam. Et si ex planta, quarta pars auferatur, & quarta pars animæ uegetatiuæ cum illa aufertur. eodem modo si ex fundo, in quo usufructus legatus est, per. l. fal. quarta pars auferatur, & cum ea quarta pars usufructus aufertur. d. l. 1. §. si usufructus. & ibi glos. quia Aristo. ait, posse quartam partem ex eo usufructu, sicut ex corporibus retineri. Non ab re igitur Iureconſ. ait, usufructus est ius in corpore: hoc est in toto fundo, potest enim arare & colere totum fundum, eoque frui, nec potest prohiberi, quin id faciat. d. l. hactenus, nec is qui constituit usumfructũ, seu eius hæredes possunt totũ usumfructum, ad unam fundi partem restringere ita ut altera pars sit libera, quemadmodum non potest quis totam animam uegetatiuã ad unam partem plantæ restringere, ita ut non sit in altera, sed bene is qui legauit uiã, seu iter, & eius hæredes per quam fundi partem uelint constituere possunt determinare, & in ea parte, ad quam iter seu uia determinata est tota seruitus erit, cæterę autem

autem partes agri liberæ sunt.l.certo.§.1. & l.uia.ff.de seruit.rust.prædio.ratio est, quia ususfructus est ius in corpore, cæteræ uero seruitutes in corpore minime sunt. est igitur ususfructus per totum fundum diffusus, sicut anima uegetatiua per totam plantam. & sicut anima uegetatiua diuiditur in tot partes, in quot & planta, ita & ususfructus diuidi potest in tot partes, in quot & fundus. Est item ususfructus in corpore fundi, quemadmodum albedo in corpore chartæ. in quot enim partes diuiditur charta, in tot & illa albedo diuiditur. ita in quot partes fundus diuiditur, in tot & ususfructus secabitur. Habes ex supradictis rationem, quam obrem ususfructus sit diuiduus, cæteræ uerò seruitutes indiuiduæ.

10 Restat, ut uideamus, † quamobrem usus non sit diuiduus, quemadmodum & ususfructus. Vsus nudus, est ius utendi rebus alienis, non autem fruendi, usus enim est sine fructu, fructus uero sine usu esse non potest l.1.& ibi glos.l.per seruum.§. ususfructus.ff. de usu & habita.

Est igitur duplex usus. unus, quæ est seruitus, & sine hoc potest esse fructus.l.sed ei. eod.tit. Est & alius usus, qui fructus inest.d. §.ususfructus. quando igitur inest fructui, non est seruitus. dicitur autem inesse fructui, propterea quod qui habet usumfructũ potest facere id quod potest usuarius, & multo amplius: non sunt tamen duæ seruitutes separatæ sed est una, idest ususfructus, qui natura sua continet omnes usus, uirtutes, & potentias, sicut anima sensiua continet in se animã uegetatiuam, nõ tamen sunt duæ animæ, sed sensiua per æquipolentiã continet oẽs potentias, & operationes uegetatiuæ.

Hic igitur usus qui est seruitus, est indiuiduus, non tamen est ius in corpore, ut ususfructus. non enim potest usuarius prohibere, quo minus dominus agri colendi causa ibi uersetur.l.fundi.ff.eo. item usuarius nec arat, nec colit agrum, id quod ususfructuarius facit.d.l.hactenus.ff.de usufruct. sed solum potest uti lignis, & horto, & pomis, & oleribus, & floribus ad usum quotidianum honestum, non autem ad abusum.l.plenum. ff.eo. est tamen totus in toto fundo, & totus in qualibet parte, quemadmodum iter, & uia.l.uia constitui.§.quæcunque.ff.de seru.rusti.prædi. Quod autem sit in toto fundo, facile patet. pone usum uineæ relictum Titio, pone etiam huic Titio pro usu quotidiano, & honesto sufficere quatuor botryones siue racemos, poterit Titius in una quaque parte uineæ particulatim dictos racemos colligere, & sic habet totum usum in tota uinea: Ita, & qui habet iter simpliciter, potest per quamlibet fundi partem ire.l.sicui ff.de serui. at si is, qui habet iter cœperit ire per unam pertem, nõ poterit per aliam partem ire. est enim totum iter, totaque uia in illa parte.d.l.si cui.uer.uerum. Ita si is qui habet usum in una parte uineæ, colligat quatuor botryones, qui sibi ad usum quotidianum sufficiant, non poterit eodem die in aliis uineæ partibus amplius colligere, propterea quod non ad usum, sed ad abusum colligeret, id quod facere non potest d.l.plenum. Est itaque usus totus in toto, & totus in qualibet parte, quemadmodũ iter, & uia.d.§.quæcunque. & est similis animæ sensiuæ, quæ est tota in toto, & tota in qualibet parte, ut dicunt philosophi, & Bar.in.l. stipulationes non diuiduntur in tertia oppo.& consequenter est similis itineri, & uiæ sequitur ut nec diuidi possit.d.l.usus. quemadmodum nec uia, nec iter. Distat itaque usus longe lateque ab usufructu. hic enim sensiuæ animæ æquiparatur, ille scilicet ususfructus uegetatiuæ: hic potest esse totus in toto, & totus in qualibet parte, quemadmodum & anima sensitiua, ille, hoc est ususfructus non potest esse totus in qualibet parte, est enim diffusus per totum fundum, quemadmodum anima uegetatiua, per totam plãtam. Exempli causa si Titio relictus sit ususfructus uineæ, poterit is qualibet uineæ parte uti, & in qualibet eadem die colligere fructus, & sic totus ususfructus est in tota uinea at si colligat fructus in una parte, non habebit totum usumfructum, non enim est in ea parte totus fructus, nec potest prohiberi, quin & alia parte fruatur, fructusque ex ea colligat. At si is, qui habet usum, colligat in una parte fundi, quantum sibi uno die ad usum honestum sufficiat, non poterit in alia parte amplius colligere. colligeret enim ad abusum, non autem ad usum.

quod

quod facere nequit.d.l. plenum. Ex his patet, usum posse in una parte totum consistere: usumfructum uero minime est igitur usus similis animæ sensitiuæ, & itineri, ut dictum est, hanc ob causam est indiuiduus, sicut & illa & de hoc supradictũ est. Et hanc arbitror ueram esse rationem, quamobrem ususfructus est diuiduus, usus uerò indiuiduus.

8 QVæritur etiam † quamobrem stipulatio amplius non agi, & rem ratã haberi dicantur diuiduæ, ut.l.eadẽ §.Cato.ff.de uerbo. oblig? Scribentes in.d. §.Cato.& in.d.l. stipulationes. ponunt regulam, qua, aiunt posse discerni diuiduum ab indiuiduo, ea hæc est. quando pars affert tantam utilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius, tunc res siue stipulatio dicitur diuidua: exempli causa, pone familiæ meæ sufficere uno anno decem frumenti modios, si stipulor à te illos dari, si tu dares quinque, hi nutriunt familiam meam sex mensibus, quemadmodum decẽ modii duodecim mensibus: pars igitur tantam utilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius affert. Altera est regula, quando pars non affert tantam utilitatẽ respectu partis, quantam totum respectu totius, tunc res siue stipulatio iudicatur indiuidua: utputa, ut ipsi aiunt, tota domus defendit à pluuia, & uento, pars uero, ueluti paries, à pluuia & uento minime nos tuetur: quamobrem stipulatio domum ædificari est indiuidua. & sæpius hæc regula ab eis repetitur, quæ si uera esset profecto domum ædificari esset diuidua. finge enim Titium stipulatum fuisse à Seio sibi domum ædificari, ita architectatam, ut haberet unam aulam, cum duobus cubiculis, & cum cella uinaria ad orientem spectantem, & aliam aulam cum totidem cubiculis, & inferius stabulo, uersus occidentem, & si aliter factum sit pœna certæ pecuniæ promissa sit, quæ duæ aulæ non erunt duæ domus, sed partes unius domus atrio coniunctæ. Mortuo Seio, si ex duobus eius hæredibus alter ædificet, dimidiam præscriptæ domus, puta quæ ad Orientem spectat cum tabulatis pauimentis tectisque suis, poterit profecto in ea partu stipulator habitare, uinumque in cella uinaria ponere, eaque pars à uento & pluuia omnino defenderet. affert igitur tantam utilitatẽ pars illa respectu partis, quantam totum respectu totius afferret. Si igitur ea regula uera esset, sequeretur stipulationem, insulam ædificari, esse diuiduam, quod est falsum.d.l.stipulationes nõ diuiduntur.

Sed dicet quis, illa pars ita ædificata est tota domus.l.si quis duas.§.si quis partem. ff.communia prædio? Huic obiectioni facile occurres, ille enim.§.si quis, habet locum quando dominus habet domum perfectam, eamque medio pariete ædificato, in duas domos diuisit, uoluit ergo dominus expresse ex una domo, duas efficere: at in casu proposito, stipulator concepit unam domum, cum suis membris, quæ simul composita, atque ordinata, faciunt unam formã, & consequenter unam domum: promissor uero seu eius hæres, fabricauit unam partẽ, quæ non facit formam, & compositionem à stipulatore mente architectatam, uerbisque stipulationis expressãm. id igitur quod est ædificatum, est pars, & non tota domus, & tamen tantum utilitatis respectu partis affert, quantam tota domus respectu totius. non est igitur uera regula. Hanc ob causam Bar. ponit alteram regulam, in.l.stipulationes non diuiduntur in.10. col. ubi in hæc uerba ait, illud factum dicitur indiuiduum, quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis solutio fieret, illud igitur dicitur indiuiduum, cuius solutio fieret in diuersis rebus, si pro parte fieret, pro parte uerò non, hæc ex Bar. Et ne res exẽplo egeat, promisit quis tradere fundum, si posset fundi partem tradere, & ita ab ea liberaretur, alteram uero nollet præstare, pro ea, in id quod interest teneretur d.l.stipulationes non diuiduntur. quamobrẽ fieret solutio in diuersis rebus, quia stipulator partim haberet rem, partim id quod interest. id quod fieri posse negat Iureconsul. in.l.in executione.§.pro parte. ff. de uerbo. obliga. factum itaque efficitur indiuiduum, secundum Bar. ne eius solutio in diuersis fiat. Hæc regula minime satisfacit illud enim quod dicitur, rem non posse solui, nisi insolidum, ne solutio in diuersis fiat, habet locum,

locum quando obligatio ad rem unam in genere, ex conuentione partium una est, tūc enim præsumendum est, contrahentes uoluisse, ut solutio in una re non autem in pluribus fieret, & ideo si aliter eueniret esset contra mentem stipulatoris, & ita loquitur. d.§.pro parte.

Exempli causa, si hominem generaliter a te stipulor, tu partem Stichi soluas, deinde uelis soluere partem Seij, hoc facere nequaquam potes, ne in diuersis hominibus partes soluantur.d.§.pro parte. At si abs te partem Stichi mihi tradi stipuler, itidem & partem Seij, duæ omnino sunt obligationes, etiam si una esset uerborum conceptio l.scire debemus.ff.de uerb.obliga. hoc casu si soluas partem Stichi ab ea parte liberaris, si nolis deinde tradere partem Seij, profecto ad æstimationem teneberis.

Vides igitur posse fieri solutionem in diuersis rebus, quando duæ sunt obligationes non enim hoc casu fit contra stipulantis uoluntatem: ita quando quis stipulatur fundū tradi, si promissor tradita una parte nolit alteram tradere, tunc succedit altera obligatio ad facti æstimationem.d.l.stipulationes non diuiduntur in fi. sunt enim duæ obligationes, una inducta ab homine, quæ ad tradendum seu faciendum datur. altera inducitur à lege ad æstimationem, si non fuerit factum quod promissum est.

Et quando sunt duæ obligationes nihil prohibet, quin præstatio in diuersis rebus fieri possit, cum sint diuersæ obligationes, ut supra demonstratum est, & in hoc casu non loquitur.d.§.pro parte. sed solum quando est una obligatio ad hominem seu lancē generaliter, tunc uerum est non posse solui partem in uno homine, partemq; in alio. & ita procedit tex.in.d §. pro parte, per Bar. alleg. huiusmodi differentia uidelicet, an sit una, an plures obligationes, confirmatur ex doctrina Imol.in.l.supra iter.§. officium ff.de aqua plu arcen.refert Iason in.l.3.§.& hanum. in 3.col.uer.ult.pro complimento. de uerbo.oblig. quamobrem.d.regula Bar. ibi non probatur. Ias. item ponit alterā regulam in.d.§.Cato in 4 col.dicens, in istis stipulationibus iter fieri, si unus ex hæredibus impediat, nocet stipulatori perinde est ac si omnes impedirent: exempli gratia, promisisti iter, uel non impedire, si unus hæredum dumtaxat impediat, perinde est ac si omnes impedirent. At in stipulatione amplius non agi, uel rem ratam haberi, mortuo promissore quatuor relictis hæredibus, si unus agat pro quarta parte, non nocet stipulatori nisi in quarta parte. est igitur regula, inquit ipse, quod illa dicuntur indiuidua, quando stipulator offenditur ab uno, & ita sibi nocet, ac si ab omnibus offenderetur. sed quando stipulatio est talis, quod si unus contraueniat, non facit mihi damnū nisi pro parte, erit id profecto diuiduum, & hæc ratio est uera, sicut Deus est Deus. hæc ille ad uerbum. Quid ais Ias. si Lucius petebat iter per fundum meum, ad fundum suū, & tandem amicitia fortasse ductus, promisit amplius non agere: mortuo Lutio duobus relictis hæredibus, si alter agat & obtineat, nonne habebit per fundum meum solidum iter, & ideo perinde nocet mihi ac si omnes egissent, ergo stipulatio amplius nō agi, ex regula tua esset indiuidua, id quod est contra tex.in.d.§. Cato, nisi dicas.d.§. Cato. loqui in stipulatione qua agitur ad pecuniam uel ad quantitatem, quo casu est diuidua: quando uero ageretur ad speciem seu ad iter, esset indiuidua, & in primo casu haberet locum regula tua. sed hoc nil aliud est, quam omnino restringere & uiolare illum tex. secundum Imol.cui tu Ias.assentitis in.d.l. stipulationes non diuiduntur in 17.col.uers.istam regulam limitat nu. 29. loquitur.n. tex. indistinctè, & ita indistinctè est intelligendus.l. de pretio.ff.de publi. nulla igitur huc usque data est regula, qua facile diuiduum ab indiuiduo cognosci possit.

12 Pro intelligentia ut sine controuersia† discernas diuiduum ab indiuiduo, facito duas regulas. Vna ea sit. id quod est sine materia, totum est forma, ut sunt res incorporeæ, ueluti anima, Angeli, iter, actus, & huiusmodi omnino est diuiduum.

Item illud quod cum materia propriam habet formam, siue naturalem, siue artificiosam, indiuiduum est, ut puta tradere domū, uestem restitui, & huiusmodi, hæ enim res habent formam idcirco ratione formæ sunt indiuidua.

indiuiduæ. Item si non habet formam, sed à promissore danda est, utputa domum ædificari, & fossam fodi dicitur indiuiduum, ratio est, quod forma dat esse speciem nomen que materiæ. exempli causa, forma hominis, quæ est anima rationalis, dat materiæ esse, speciem, nomenque ita ut homo dicatur. Forma domus quæ est partium concinna cõpositio ordo & figura dat esse materiei, esse speciem atque nomen, ita ut domus appelletur. huiusmodi autem formæ postquam existunt, seu postquam sunt, a stipulatore conceptę, omnino sunt indiuiduæ, ut refert Iason in.l. 1.§.sed mihi.ff. de uerb. oblig. in 3.col. num.6. ratio, quia ex rei consumatione & perfectione consistunt. d.l. si is qui.§. quædam.ff.ad.l. Falc. de quo supradictum est. Hinc fit ut stipulatio domum ædificari, fossam fodi, remq; tradi, & similia sint indiuidua, propterea quod est factum formatum. & licet homo possit uiolenter in partes diuidi, & domus dirui pro parte tamen nec forma hominis, nec forma domus diuiditur, sed materia. non enim in unaquaque parte materiæ est forma ipsius domus, sed forma domus tota discedit. l. Iulianus §. si quis.ff. ad exhiben. Altera sit regula, omne quod non habet propriam formam, nec a promissore danda est, nec in sola forma consistit, diuiduum est: exempli causa, materia, sine forma est diuidua, in quot uis partes. materia enim est ex qua cum forma aliquid fit & subest, ut aiunt philosophi, puta materia panis est farina, materia ex qua fit domus sunt saxa, ligna, calx, arena, & huiusmodi. Si quis igitur stipuletur materiam conduci, seu sibi tradi, huiusmodi materiæ stipulatio est diuidua, quippe cum nulla forma certa sit danda à promissore: quamobrẽ mortuo promissore si unus ex hęredibus tradat materiam, pro portione hæreditaria liberatur, si alter nolit tradere is ad æstimationem tenebitur. Nec obstat quod fiat præstatio in diuersis rebus, fit enim ex duabus obligationibus, quod fieri potest ut diximus. Iam ex his manifestum efficitur, quamobrem stipulatio amplius non agi, & Titium habiturum ratum, diuisionem recipiunt. l. eadem.§. Cato.ff. de uerb. oblig. nã amplius non agere, & rem ratam habere est quid informe. si informe, ergo diuiduum, ut dictum est, & uult Bar. in.d.§. quædam.ff. ad.l. Falcid. ubi expresse dicit, opus formæ esse indiduum: opus uero informe esse diuiduum. non enim hæc stipulatio amplius nõ agi, habet propriam formam: nec eis à promissore danda est, est igitur similis materiæ hanc ob causam diuidua est. Et ne res exemplis egeat pone Lutium petiisse centum a Titio, diuque ob hoc litigatum fuisse, tandem Lutius promisit Seio, amplius non agere sub pœna dupli: mortuo Lutio, si unus ex hæredibus agat, pro portione hæreditaria consequetur debitum, puta quinquaginta, si duo essent hæredes. poterit tamen conueniri ad pœnam pro hæreditaria portione, & non insolidum, & in hoc casu nemo est qui dubitet hanc stipulationem esse diuiduam, cum id cuius contemplatione est apposita sit quantitas, quæ est informis uti materia, & sic diuidua. Sed si Lutius fuisset stipulatus iter per fundum Titii ad fundum suum, deinde cum iter peteretur aliquandiu litigatum esset, tandem Lutius promisit Titio amplius non agere, & pœna certæ pecuniæ, puta centum promissa sit si aliter factum esset. mortuo Lutio ex duobus eius hæredibus, unus egit ad iter, obtinuitque. & quia solus aduersus promissa fecit, pro portione duntaxat sua ad pœnam tenetur: ab altero autem qui non contrauenit pœna peti minime potest. pœna igitur solum ab eo qui cõtrafecit pro hæreditaria portione petenda est, propterea quod stipulatio amplius non agi diuisionem recipit. d.l.§. cato. nec ibi distinguitur diuiduum sit, an indiuiduum id quod petitur, nec nos distinguere debemus l. de pretio.ff. de publi. Solum itaque est considerandum, an stipulatio principaliter contineat quid formatum seu formandum, uel informæ? si formatum seu formandum indiuidua est, ueluti insulam ædificari, fossam fodi, iter fieri, domum seu uestem tradi. si uero quid informe contineat, ueluti cum decem dari stipulamur, uel materiam pro domo facienda portari, & huiusmodi, hæc enim propriam non habent formam, nec promissor spopondit propriam alicui rei dare formam, nec in sola forma consistunt, ut iter &c. quamobrem diuisionem recipiunt d.§. cato.

d.§.Cato.& supra demonstratum est. Ex supradictis hæc sit summa, illud quod in se totum est forma, ueluti Angeli, iter, uia, &c. uel cui danda est forma, ut domum ædificari, uel habet formam cum materia mixtam, ut domum tradi, est quid formæ, & sic indiuiduum: Illud uero quod nullum horum habet, dicitur informæ, & consequenter diuiduum, ueluti stipulatio amplius non agi, & rem ratam haberi. est enim res, quæ non est tota forma, nec ei danda est, nec habet formam cum materia coniunctam est igitur penitus informe, & consequenter diuiduum.

Sed dubitatur quomodo ille hæres qui egit ad iter, & obtinuit, poterit habere iter
13 per fundum Titij? nam † quando duobus debetur iter per fundum alterius, nisi uterque de loco itineris consentiat, seruitus nō acquiritur.l. itinere .ff. de seru. rust. præd. si igitur ille alter hæres non agat, non potest de loco consentire, cum ei iter non competat, & sic ille qui egit, non habebit iter.d. l.itinere. frustra itaque egit. Doctores in hoc multa dicunt: tu dicas eum, qui egit, habere iter. nam si diuisus est fundus inter eum & cohæredem, seruitus quæ ei fundo debebatur unicuique parti insolidum debetur, per inde ac si ab initio duobus fundis debita fuisset, & sibi quisque hæredum retinet seruitutem.l. nam satis.§. 1.ff. quemad. ser. amit.l.uia constitui.§. quæcunque.ff. de ser. rust. præd. Item ei qui habet seruitutem per quamlibet fundi seruientis partem ire licebit, nisi unam partem eligat.l. si cui. ff. de seru. ille igitur hæres qui egit diuiso fundo cum cohærede, petet iter portioni suæ pro solido debitum tanquam uni fundo d.l.non satis. & licebit ei ire per quamlibet fundi Titij seruientis partem, poterit tamen eligere unam partem ipse solus.d.l. si cui. Et ut ad rem nostram reuertamur, supra firmatæ conclusioni: non obstat tex. supra allegatus in.d.l. itinere.ff. de ser. rust. præd. quia ibi duo petebant iter in fundo seruiente, habebantque iter ibi sed dissentiebant de loco itineris: unus enim per unam partem, alter uero per aliam constituere contendebat, propter dissensum igitur non acquiritur in effectu iter.d.l. itinere. At in casu nostro non est dissensus, si quidem ille solus qui egit, habet iter, & is solus eligit partem per quam iturus sit: alter uero qui non egit, non habet iter non potest igitur de loco itineris eligendo dissentire, cum ei non cōpetat electio. eo quod ipse non egerit, & consequenter non habet iter: si non habet iter quonammodo poterit de loco itineris dissentire, cum eius sit, & nolle, cuius est uelle. reg. iur. in 6. habebit itaque iter solus ille qui egit, & pro portione sua solum pœnam soluet. Est igitur stipulatio amplius non agi diuidua, siue id de quo agitur sit diuiduum, siue indiuiduum.d.§.cato.

Dictum est alterum hæredum, qui non egit non habere iter, cui sententiæ obstat
14 †tex.in.l.loci corpus §.si fūdus.ff.si seruitus uendi. ubi debebatur seruitus fundo pluriū, quo casu unicuique insolidum competit actio, & si unus agat obtineatque, eius uictoria alijs prodest, ut dicitur in text. adeo ut etiam qui non egit, possit per fundum ire. Sed minime hoc obest, nam ibi debebatur fundo duorum, qui non promiserunt amplius iter nō petere, & ideo si unus agat & uincat, totum iter fundo sibi cum alio communi debetur, quamobrem ambo poterunt uti itinere, & quando ille alter uult uti, non potest repelli, eo quod non promisit amplius non agere, nec incidit in pœnā.

At in casu nostro fuit promissum sub pœna amplius ad iter non agi, si unus agat in pœna pro sua portio incidit, qua soluta poterit sine controuersia itinere uti, alter uero non poterit, obstaret enim illi exceptio pacti de non agendo, sed si uellet agere & uti itinere, ipse etiam incideret in pœnam pro parte sua, qua soluta poterit & ipse etiam ire, sed quando unus agit, alter uero non, is solum qui egit tenetur ad pœnam pro parte, & poterit ire, ut dictum est. Itidem dicendum est de stipulatione rem ratam haberi, nam qui promittit rem ratam haberi, promittit quid informe, non enim promittit se daturum alicui rei formam, ut puta domum fieri, fossamúe fodi, nec promisit rem propriam habentem formam, ueluti rem tradi seu restitui, nec rem quæ tota est forma, sed promittit quid informe, ergo est

go est diuiduum ut supra diximus, est enim perinde ac si materiam promisisset. Quam obrem si Lucius nomine Seij promisit Sempronio iter per fundum ipsius Seij, si deinde Seius promiserit Sempronio seratum habiturum id quod Lucius promisit, huiusmodi promissio est diuidua, propterea quod promisit quid informe. & licet id ad quod agitur sit indiuiduum, tamen id quod primo agitur, hoc est rem ratam haberi, est diuiduum, quod autem agatur ad iter, est per consequens: & spectandum est, quod per prius, non quod per consequens agitur. l. 1. ff. de auctor. tuto. Et ideo si mortuo Seio duo supersint hæredes, quorum unus nolit habere ratum, ipse solus committet pœnam pro sua portione, si qua promissa est eamque soluet. d. §. cato alter uero quia ratum habuit, nullam patietur pœnam, cum promissio fuerit diuidua. d. §. cato.

Sed aliquantulum dubitationis hæc res habet, uidelicet an altero hærede ratum habente, Sempronius possit habere iter per. d. fundum? uidetur dicendum nequaquam posse, quippe cnm fundus sit duorum hæredū, non potest in eo seruitus constitui, nisi uterque consentiat. l. per fundum. ff. de seruit. rust. præd. Tamen dicendum est Sempronium habiturum iter per partem fundi, quæ uenit hæredi, qui ratum habuit, tunc cum fundus inter hæredes diuisus erit, & perinde erit, ac si ab initio constituendæ seruitutis duo fundi fuissent. l. nam satis. ff. quemad. ser. amit. Interim is qui ratum habuit uetare Sempronium uti itinere non poterit. d. l. per fundum in si. poterit tamen is qui ratum non habuit partemque pœnæ soluit prohibere, donec fundus diuidatur.

Quod autem alter potuerit habere ratum fundo nondum diuiso, ex eo patet, quod & seruitutem promittere is potest, qui fundum non habet. l. hæredes. §. quod pro emptore uer. contra. ff. fam. herciscun. & l. si seruitus. §. si. ff. de ser. rust. præd. non ut re ipsa in præsenti sit seruitus, sed ut debitor sit per stipulationem, ut dicit glos. in. l. 1. in uer. non possunt. ff. commu. præd. multo igitur fortius potest id facere, qui fundum pro indiuiduo habet, ut in casu de quo agitur: & ideo licet interim Sempronius non possit altero prohibente uti itinere, tamen facta diuisione habebit solidum iter per partem eius, qui ratum habuit, ut dictum est, hæc enim seruitus est tota in toto, & tota in qualibet parte. d. l. uia constitui. §. si. ff. de ser. rust. præd.

15 NOn parum habet dubitationis, † quo nā modo hæc stipulatio per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, dicatur indiuidua, cum sit negatiua? Ioan. de Imo. ut refert Ias. in. d. l. stipulationes non diuiduntur in 17. col. dicebat regulam illam qua dicitur stipulationem factorum esse indiuiduam, fallere in stipulatione negatiua, quæ omnino est diuidua, ut ipse ait. illud enim quod negatur non est, ut dicit glos. in. l. actor. C. de probat. si non est non habet formam: ergo non est indiuidua, ut diximus. & tamen in. d. §. cato. Iurecon. ait esse omnino indiuiduam.

Tu uero ut obiectioni occurras, dicito, præpositionum aliam esse affirmatiuam, aliam negatiuam, ueluti omnis homo currit, nullus homo currit & si alterutri eorum negatio postponatur, æquipollet suo contrario, ueluti omnis homo non currit, æquipollet huic nullus homo currit. & nullus homo non currit, est par huic suæ contrariæ, omnis homo currit. si dubitas Dialecticos consule. Ita in casu nostro duæ possunt formari stipulationes, una affirmatiua, altera negatiua affirmatiua huiusmodi est, promittis per te fieri, ut mihi ire agere liceat. negatiua hæc, promittis per te non fieri, ut mihi ire agere liceat. scias etiam hanc dictionem quominus, interpretari à grammaticis, ut non si igitur illi stipulationi negatiuæ postponatur hæc dictio quominus, & dicatur promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, est perinde ac si diceretur per te non fieri, ut non mihi ire agere liceat, & sic negatio est postposita orationi negatiuæ, & ita æquipollet suæ contrariæ, quæ est affirmatiua: & erit perinde ac si dixisset, promittis facere, ut mihi ire agere liceat, quod est æque ac si promisisset iter & actum, & amplius non esse impedimento quin itinere actuque uta-

tur: id

tur: id quod sine dubio est indiuiduum ut sæpius diximus. Quod autem ista stipulatio per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, æquipolleat affirmatiuæ, hoc est huic, ut mihi ire agere liceat, colligi potest si attente consideres ex.l.2.§. si in facto ff.de uerbo. abliga. Est igitur stipulatio ista per te non fieri quominus mihi ire agere liceat, sine dubio affirmatiua, & consequenter indiuidua.ut d.§. cato.

16 QVærunt præterea scribentes, an † hæc stipulatio iter fieri, contineat seruitutem, & sic ius, an simplex factum? Nonnulli ex scribentibus dicunt ea stipulatione duo contineri, sicut ibi sunt duo uerba, hoc est seruitutem, quod ostendit illud uerbum iter, & simplex factum quod aiunt demonstrari per illud uerbum, fieri.dicunt igitur text. loqui de seruitute itineris, & sic de iure, & loco aptando, quia nisi locus aptetur, non potuisset quis habere seruitutem itineris: uerbum igitur iter, significat seruitutem, uerbum autem fieri, significat loci aptationem, & sic aiunt promissorem ad duo teneri., scilicet, ut fiat, & ut præstetur, hoc est tenetur facere iter, & illud præstare, intelligunt iter facere, hoc est iter sternere. ita glos. Paul. Alexan. & quidam alij quos refert Ias. in.d.§.caro. Alij dicunt quãdo stipulatio est concepta per uerba sonantia factũ, puta per infinitum, ueluti ut liceat ire agere: tunc continet simplex factum personale, & non transit ad hæredes, sed quando concipitur per uerba sonantia ius, puta promittis mihi ius eundi uel ius itineris, tunc continet seruitutem & transit ad hæredes. hæc scribentes in.l.2.§. si in facto. & refert Ias. ibidem alleg. tex.in.§.sed cum factum. Inst. de stipul. seru. Ias. uero existimat text. nullo modo loqui de seruitute, sed de mero facto hoc est de loco sternendo aptandoque ut itinerari possit, ut ipse ait, alleg. text. in.l. si iter.ff. de seru. uult igitur Ias. iter fieri, significare ubi non erat uia. ibi, transitum & uiam fodiendo, substernendo aptandoque aperire, & sic merum factum. Neutra expositio mihi placet. hæc enim uerba iter fieri, per se sine uerbo promitto, & sine stipulatione, si in actiuam significationem resoluantur, hoc est iter facere, nil aliud significant quam iter ingredi, hoc est commeare, ambulare. & ita exponit Valla 5.lib. cap.369. & si ita accipiantur proculdubio nullum ius, sed merum continent factum illud enim ire illudque agere sine controuersia est quid facti. At si Lutius à Seio ita stipuletur, promittis pati me facere iter per fundum tuum in fundum meum? Seius mox promittat, quo casu fundus Seij proculdubio seruiet fundo Lutij: si seruiet, ergo est seruitus.ualet enim argumentum à coniugatis, si seruitus, ergo ius. Inst. de seru. rust. præd. Quod autem ista uerba ire agere, concessa pactionibus, stipulationibus, testamentoque contineant seruitutem, probat.§.fi.Instit.de serui.rust.præd.ubi Imperator ait, si quis uelit uicino aliquod ius constituere, pactionibus, stipulationibus, ac testamento id efficere debet deinde ponit exempla, ueluti si quis hæredem suum damnauerit, ut patiatur Titium per fundum suum ire, agere. uides igitur illa uerba ire agere: apposita, siue in stipulationibus, siue in testamento inducere ius, & consequenter seruitutem, non autem merum factum. Ille ergo cui uel ex pactione, uel ex testamento licet ire agere per fundum uicini in fundum suum, habet profecto seruitutem itineris, & actus. d.§. fi. iuncto cum principio. in principio.n. dicitur, si quis uelit uicino aliquod ius, id est aliquam seruitutem testamento constituere potest, &c. in fine ponitur exemplum, ut scilicet damnet hæredem suum ut patiatur Titium per fundum suum ire & agere. uides igitur uerba infinitiui modi, ire & agere, pactione seu testamento prolata inducere seruitutem. Quemadmodum igitur licere altius tollere, est seruitus.l.2.ff. de ser. rust. præd. ita licere ire agere est seruitus. d.§. fi. sed quando is cui licet ire & agere, it agitque, & sic utitur seruitute, tunc illud ire & agere est merum factũ, & est effectus itineris, qui est ius. Insti. de ser. rust. præ. in princ. & l. inter actum & iter. ff. eod. Iter enim est quo quis pedes, uel eques commeare potest ire igitur & commeare est effectus itineris, & est quid facti. Cõcludo igitur huiusmodi uerba, iter fieri, uel actiue, iter

facere per se sumpta solum factum continere: exempli causa, si dicam uolo hodie facere iter pedes, tunc nullum significatur ius, sed perinde est ac si dicerem uolo hodie ire pedes. at si dicam promitto tibi, ut possis facere iter per fundum meum in fundum tuum, tunc illa uerba facere iter adiuncta uerbo promitto, inducunt ius, hoc est seruitutem itineris, & est æque ac si dicerem, promitto tibi ut possis ire per fundum meum, quo casu sine dubio seruitus promissa censetur.d.§ fi.

17 Non obstat.† d.§.sed cum factum. Inst. de stipul. seru. nam in huiusmodi stipulatione, duo ut dixi, sunt consideranda, unum quod est ipsum ius, ex illis uerbis inductũ, & illud domino acquiritur aliud qui est effectus ipsius iuris, quod est ipsum ire, ipsumque agere, & hoc est simplex factum, & quia est ab ipso seruo faciendum, cum ipsi solum sit concessum ire hanc ob causam non acquiritur domino. Aut igitur seruus ita stipulatur, promittis ut mihi ire agere liceat, & tunc ipsum ire, non acquiritur domino, & ideo non poterit dominus ire: aut dicit, promittis mihi, ut liceat ire, & agere per fundum tuum ad fundum domini mei, & tunc acquiritur domino non solum ius sed & ipsum ire, & ideo dominus ire poterit, & sic ille.§. ita intellectus non obstat. Ex his patet in .d.§. cato, illa uerba iter fieri non significare aptationem loci seu locum sternere, ut dicit Iason, nec partim ius partimque factum, ut alij dicunt sed ius & seruitutem cum sint in stipulatione posita.

18 Vlterius non obstat † tex. in.l. si iter.ff. de serui. per Ias. alleg. non enim ille text. dicit iter facere, significare fodere, & substernere locum, ut putat Ias. sed dicit, si est legatum iter per eum locum, quo nisi opere facto iri non possit, licere legatario fodiendo & substernendo facere iter, hoc est ire, ibi enim illa uerba facere iter non significant substernere, seu aditum aperire, sed significant duntaxat ire: id quod Celsus ibi ostendit, quæsierat enim ab eo is, cui legata erat seruitus, inquiens, si iter mihi legatum sit, quo iri non possit nisi opere facto, quid mihi agendum est? respondet, licet tibi iter facere, hoc est ire fodiendo & substernendo illa enim uerba iter facere, est glos. illius infiniti iri, supra positi. Accipe exemplum, si quispiam dixerit, Hannibal non poterat exercitum ducere in Italiam propter niues sed remouendo niues duxit exercitum, ita hic fodiendo scilicet locum, licet facere iter. hoc est ire. Potest itaque legatarius substernere fodereúe locum, qua iter est facturus, hoc est qua iturus est, si aliter ire non potest. facere enim iter nil aliud est, ut Valla ait, quam ire, seu ut imperiti aiunt itinerare. & hoc ipsum dicit illa l.si iter. Summa hæc sit, si pactionibus, seu testamento ita dixeris, concedo tibi iter per fundum meum in fundum tuum, sine controuersia seruitus constituta est.l.inter actum l. itinere.& per tot.titul.ff. de ser.rust.præd. idem si dixeris, concedo à te iter fieri, siue actiue te iter facere, uel ut iter facias, quod idem sonat, per fundum meum in fundum tuum, itidem seruitus constituta intelligitur.d.§.fi. Instit. de ser. rust. præd. fundus enim tuus seruit meo, sequitur necessario ut seruitus, ut supradictum est. At si constituta iam seruitute dixeris, hoc mane æques per fundum tuum uolo iter facere, tunc huiusmodi uerba facere iter, nil aliud significant quam ire seu commeare, non autem ius, sed merum designant factum.

19 Rursus dubitatur, an † hæc stipulatio ne iter non fieri contineatur ius uel factum? In tex.meo.d.§. cato.nõ sunt illa uerba, uel non fieri, sed solum iter fieri. glos. in uerbo. fieri, addit, uel non fieri. Scribentes intelligunt illa uerba, hoc modo non fieri, hoc est per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in fundum meum. Bonæ Deus tot uerba prætermissa putant à Iureconsult. Præterea ea stipulatio per te non fieri quo minus &c. est posita inferius, & sic bis idem poneretur. Quare intelligas tu nõ fieri, scilicet iter. quod est repetendum ab ista oratione, iter fieri. arg. eorum quæ Bar. ait, in.l.4. §.eritque differentia.ff. de ui bon. rapt. Si quæratur quid significet hæc uerba, iter nõ fieri? dicas huiusmodi stipulationem adimere itineris seruitutem, exempli causa, finge

finge Titium habere iter per fundum Lucij in fundum suum, deinde Lucius à Titio ita stipuletur, promittis à te iter non fieri, uel actiue te iter non facere per fundum meũ in fundum tuum? spopondit Titius. & si auersus id factum erit, pœna certæ pecuniæ promissa sit, nonne per hanc stipulationem adempta est seruitus à fundo Lucij? adempta est profecto, cum non liceat amplius Titio ire per fundum Lucij, & si iuerit committetur pœna. & mortuo Titio, si unus ex eius hæredibus faceret iter, hoc est iter per dictum fundum, alter uero non, ab utroque committetur pœna pro parte hæreditaria. d.§.cato. est enim huiusmodi stipulatio in diuidua &c. Et ita intelligenda est huiusmodi stipulatio, non autem ut intelligunt scribentes, non fieri scilicet per te quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in meum. hæc enim stipulatio, ut dictum est, ponitur inferius, & maximopere ab illa differt: per hanc enim adimitur seruitus, ut dictum est. per alteram, hoc est per te non fieri, quominus mihi ire &c. constituitur seruitus, ut statim subijcietur. Quæro igi-
20 tur, quid† inducat hæc stipulatio, promittis per te non fieri, quominus mihi ire & agere liceat? Dicas per eã interdũ duo simul, inter dũ unũ dũtaxat induci. & ut intelligas, exẽplis id agatur, Lucius habebat fundum uicinum fundo Sempronij, & non habebat iter per fundum Sempronij, sæpius tamen per illum amice iuerat, tandem prohibitus a Sẽpronio fuit ne amplius iret, quo facto Lucius conuenit cum Sempronio, & ab eo ita stipulatus est, Sempronii promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in fundum meum? promisit Sempronius, deinde si aliter factum esset, pœna certæ pecuniæ promissa fuit.

Duo huiusmodi stipulatione continentur, unum quo cautum est, ne Sempronius amplius sit ipsi Lutio impedimento, quominus ire possit per fundum illum, & si impediret pœna committeretur. alterum quo Lutio per Sempronij fundum seruitus constituta est, frustra enim promisisset non impedire, nisi & iter concessum uideretur. quemadmodum si concedo tibi iter ad fontem meum, inest & haustus, alioquin frustra fuisset iter concessum. l. 3. §. fin. ff. de seru. rust. præd. Item si unus ex hæredibus Sempronij prohibeat, alij cohæredes, & si non prohibuerint, tenentur ad pœnam pro portione tamen hæreditaria. licet enim ab uno prohibeatur, non in partem sed in totum prohibetur, uno enim prohibente, ire nequaquam potest. at hi qui non prohibuerunt famil. er cisc. iudicio ab eo qui prohibuit sibi damnũ resarciri petent. l. in executione in fin. prin. ff. de uerb. obliga. sicut in alijs indiuiduis receptum est. Vnum autem produceretur, quando Lucius habebat iter per dictum fundum constitutum fortasse a patre Sempronij, uel ab alio, qui postea Sempronio fundum uendidit: ipse uero Sempronius impediebat Lutium: uel facto uel lite Lutius ut talem molestiam reijceret, conuenit cum Sempronio ab eoque ita stipulatus est, Semproni promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per illum fundum? hac stipulatione non constituitur seruitus, quia iam constituta erat, per patrem forsan Sẽpronij, uel per alium: sed factum dumtaxat continetur, hoc est ne Sempronius amplius sit impedimento, quominus Lutio ire agere liceat, & si impediat, pœnam committat & hoc casu loquitur tex. l. 2. §. item si in facto. ff. de uerbo. obl. Sed dicet quispiam quando quis simpliciter promittit iter, non ne seruitutum natura est ut promissor patiatur, & non faciat aliquid, quo quis impediatur uti seruitute. l. quotiens la. 1. §. fin. ff. de serui? est profecto, quid igitur operatur hæc stipulatio per te non fieri? Dicas, quando quis simpliciter promittit seruitutem, tenetur sane præstare patientiam, nihilque facere, quod seruituti sit impedimento, hoc est non fodere, non iter destruere, sed si aduersus id faciat, in id solum agi potest quod interest, & interdum potest parum interesse. Sed quando quis stipulatur per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & adiecta est pœna, prout in. §. cato. tunc is qui promisit, non solum tenetur præstare patientiam, sed tenetur non impedire, nec uerbo nec facto, nec mouere in iudicio controuersiam, & si aliter factum erit, pœnam præstabit. Ex supradictis colligi possunt hæ conclusiones. Stipulatio iter fieri, siue actiue

actiue iter facere, continet seruitutem, & consequenter ius, & nihil facti habet. Stipulatio iter non fieri, adimit seruitutem, & non inducit. Stipulatio per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, prohibet impedimentum fieri, & inducit seruitutem ubi non erat.

Summarium

1 *Vnus ex hæredibus, qui non peccauit, tenetur ad pœnam: & cur.*
Persona hæredis est persona domini.
2 *Seruitus fundo communi cur per unum socium nec acquiri, nec imponi potest.*
3 *Socius habet mandatum tacite a socio, & tamen non potest seruitute parti communi acquirere.*
4 *Stipulatio, Insulam fabricari a in loco communi, an ualeat.*

LXXIIII. DECLARATIO, de eadem materia.

Non est omittendum in. §. cato. sancitum esse, si † unus ex hæredibus, contra id quod cautum est fecerit, ab omnibus hæredibus pœnam committi, pro portione tamen hæreditaria, quia quod in partes diuidi non potest, ab omnibus factum uidetur. hoc maximopere iniquum esse uidetur, ut hi qui non peccauerint puniãtur, non enim pœna debet esse, ubi non est peccatum. l. sancimus. C. de pœnis. Et si dieeres, si non peccauerunt peccasse tamen finguntur, hoc minime faciendum est, quia ubi non est æquitas, ibi fictio minime esse debet. l. denique. ff. ex quib. cau. maio. cum l. sequen. & ibi Bar. not? Dicas hoc ideo fieri, quod hæres & defunctus censetur una & eadem persona. Aut. de iure iuran. à morie. præsti. & unusquisque hæres repræsentat, seu refert personam defuncti, non pro hæreditaria portione, ut multi dicunt, hoc. n. esset contra naturam, ut unus hæres dimidiam defuncti partem, alter alteram referret. dimidia enim pars hominis non est homo, nam forma hominis, quæ est anima rationalis est indiuidua, quare non integer defunctus, sed dimidiatus repræsentaretur. Quamobrem, quemadmodum si Titius acciperet duo specula, in eaq; aspiceret, in utroque tota & solida sua imago repræsentaretur: ita relictis duobus hæredibus, in uno quoque tota pro solido defuncti persona refertur, iccirco cuiusque hæredis, persona integri defuncti persona censetur. si igitur unus hæres fecerit contra id quod defunctus promisit, est perinde ac si ipse defunctus fecisset. factum enim hæredis reputatur factum defuncti, ut ait Decius in regu. hæredem. ff. de reg. iur. in uer. & factum nu. 4. Sed si ipse defunctus promisisset quid indiuiduum adiecta pœna, & cõtrafecisset, quia non poterat pro parte peccare, sine dubio insolidum teneretur, eodem modo si unus hæres contrafecerit, quia pro parte peccare non potest, quum esset res indiuidua, & factum ab hærede intelligitur factum a defuncto, cum una eademque persona censeatur: si a defuncto factum intelligitur, merito unusquisque hæres ad pœnam tenetur, cũ unusquisque solidam defuncti personam repræsentet. sed quia hæres idem est quod dominus. §. item extraneus. Inst. de hæred. qual. & diff. si dominus ergo alicuius rei dominus, defuncti dominus esse non potest, erit igitur dominus patrimonij ipsius, idcirco pro ea parte tenetur, pro qua est hæres. d. §. cato. hac igitur subtili ratione, unusquisque hæres ad pœnam renetur, sed ei qui nõ peccauit, famil. hercis cun. iudi. damnum resarcitur. d. l. in executione in fin. princ.

2 Solet quæri in. l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerbo. obli. † quamobrem fundo communi per unum socium non possit seruitus acquiri, item nec per unum socium imponi? rationem hanc reddi posse existimo, quod seruitutem recipere, nisi sibi nemo potest. l. proprium. ff. communia præd. & non ibi negari potentiam. dictio enim negatiua posita ante uerbum potest, remouet potentiam. sed quamobrem hoc fieri non possit, non est manifestum? nisi dicas hoc effici libertatis fauore. uel dicas in iure positiuo non referri, sic an sic ab initio constituatur, postquam uero est constitutum, diligenter est custodiendum. Arist. 5. Ethic. Placitum est igitur legum latori seruitutem etiam prædialem neminem posse nisi

nisi sibi ipsi acquirere. pone itaque fundũ mihi tecum esse communem, si ego stipuler iter per fundum Titij ad fundum communem, si acquireretur huiusmodi seruitus fundo communi, per me tibi acquireretur, quod lex fieri uetat. d. l. proprium. Item si stipuler iter ad partem meam fundi communis, nec mihi quidem acquiritur, quia non potest mihi iter acquiri, quin tibi acquiratur. nulla enim particula quamuis minima potest ostendi, in qua tu etiam non habeas partem, nemo enim partis corporis dominus est. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. non possum igitur mihi soli acquirere iter, in una minima fundi communis particula, in qua tu non habeas partem. præterea pars propria mea quamuis minima non potest apparere: si non apparet perinde est ac si non esset, paria enim sunt non esse, & esse & non apparere. l. in lege fundi. ff. de contrahen. empt. & per consequens dici potest, nullam illius fundi partem posse ostẽdi meam, sequitur ut nec fundus aliquis ibi sit meus. res enim communis est omnium simul, & non singulorum l. seruus communis sic. ff. de stipul. ser. quamobrem seruitus imponi non potest: nemo enim seruitutem acquirere potest, nisi qui prædium habet. l. 1. ff. communia præd. Eadem ratione, nec tu potes acquirere iter fundo communi, seu parti tuæ, quin mihi acquiras, quod fieri non potest. d. l. proprium. Præterea nec est fundus tuus, nec aliqua pars potest dici tua. d. l. seruus communis. ergo &c. sed si ego & tu stipularemur iter fundo cõmuni, utique ualeret stipulatio, & iter acquireretur. l. si unus ex socijs. ff. de seruit. rusti. præd. apparet enim fundus cui seruitus potest acquiri. Nec obest si diceres. nonne

3 †socius censetur habere mandatum à socio, & sic poterit stipulari communi societati. glos. in. l. nemo ex socijs. ff. pro socio. & sic unus socius uti procurator poterit alterius seruitutem fundo communi acquirere, parti suæ ut dominus, parti uero socij uti procurator? Ad hoc respondentes Senenses aiunt illam glos. dumtaxat locum habere in societate conuentionali, quibus & ego assentior. Tu uero dicas controuersiam esse de hoc, an socius uti socius possit seruitutem & parti suæ, & parti socij, & consequenter fundo communi acquirere? sit sane ut habeat mandatum, tunc acquirit non uti socius, sed uti procurator alterius socij. cui enim dubium, per procuratorem posse nobis acquiri. l. 1. §. per procuratorem. ff. de acquiren. poss. est enim procurator uti instrumentum animatum mandantis, ut dictum est in materia acqui. poss. sed controuersia est. an ut socius acquirat. Adde quod si etiam haberet mandatum, non posset unus socius acquirere seruitutem parti alterius socij, cum socius ille non sit dominus alicuius partis. d. l. si seruus communis. & d. §. si duobus uehiculũ. si non est dominus alicuius partis, ergo non habet ibi fundum. si non habet fundum, non potest nec per procuratorem acquirere seruitutem, cum sine fundo seruitus acquiri non possit. d. l. 1. ff. communia præd. defectu igitur fundi, seruitus acquiri non poterit.

Idem dicendum est de fundo seruiẽte. unus enim socius non potest fundo communi seruitutem imponere. l. unus. ff. de seruit. rust. præd. l. 2. ff. de serui. nec parti quidem suæ, cum nulla pars ostendi non possit, quæ propria sua dici queat: in qualibet enim particula & socius habet partem. Præterea socius certæ partis, non est dominus. d. §. si duobus uehiculum. non enim fundus est singulorum sed omnium. d. l. seruus communis sic. ff. de stipul. seruo. si socius non habet partem fundi, quæ possit demonstrari, nec habere fundum dicetur. & si non habet fundum, nec imponi, nec dari ab eo seruitus potest. l. 1. ff. com. prædio. & l. fi. ff. de seruit.

Nec obest quod intellectu saltem habet partem. l. meuius. §. duorum. ff. de leg. 2. uer. nãque plures. & aduerte quod tex. ille est mendosus, scriptum est enim, neque. legendum est, cum. licet enim habeat partem, quæ intellectu percipi possit, tamen seruitus nõ potest imponi parti intellectuali, sicuti non potest anulo signum in aere imprimi.

Nec obest si quispiam dicat, etiam qui non habet fundum, potest promittere seruitutẽ? fateor enim seruitutem posse promitti sine fundo, sed imponi uel acquiri sine fundo minime potest. qui enim promittit, obligatur personæ, seruitus uero debetur prædio, non autẽ personæ. l. unus ex socijs. ff. de serui. rust.

ui.ruft.præd. uerfi.tamen quoniam,& fic ha bes rationem, quáobrem nec imponi, nec acquiri feruitus fundo communi nec parti unius focij rectè poteft.

4 Solet etiam quæri,an † quis poffit ftipulati infulam fabricari in loco communi? in hoc ita diftinguito: aut enim quis puta Titius hoc modo ftipulatur, Sei promittis ædificari infulam in fundo meo Gabiniano? qui fundus erat communis fibi cum Sempronio.& hoc cafu ftipulatio eft inutilis, nam qui ftipulatur infulam ædificari, debet demonftrare locum ubi infula a promiffore ædificanda fit.l.ita ftipulatus.ff.de uerb. ob. fed in cafu propofito non poteft Titius demonftrare fundum fuum, cum fit cum Sempronio communis. nam quod eft plurium non eft fingulorum.l. feruus communis.ff. de ftipul.fer. & Titius ftipulatus eft ædificari infulam in fundo fuo, hanc ob caufam ftipulatio non ualet, quia fundus fuus demonftrari non poteft. Aut Titius ita ftipulatus eft, Sei promittis ædificare infulam in parte mea, fundi Gabiniani? in parte inquã pro indiuifo intellige. & itidem ftipulatio non ualet,eo quod nulla pars fundi propria fua demonftrari poteft, nec ipfe eft dominus alicuius partis pro indiuifo.d.l. fi ut certo.§.fi duobus uehiculum.ff. commod. Non poteft igitur nec in hoc, nec in priori cafu oftendi locus,ubi promiffor infulam ædificet,quare utraque ftipulatio eft inutilis, nõ enim poteft infulam ædificari loco non demonftrato.d.l.ita ftipulatus. Aut detracto hoc articulo meo, Titius ita ftipulatus eft,Sei promittis ædificare infulam in fundo Gabiniano? qui ut dictum eft, erat communis cum Sempronio. hoc cafu audacter dicerem effe ftipulationi locum,cum demõftratus fit locus ubi infula ædificari poffit. Nec obftat, quod fundus fit communis ftipulatori cum alio: poteft enim quis infulam in fundo penitus alieno ædificare, licet fi fciens hoc faciat materiam donare cenfeatur.§.ex diuerfo. Inft.de rer. diuifio. fi enim promiffor ædificauerit infulam in folo communi,ædificium cedit folo.§.cum in fuo. Infti.de rer.diuifi.& fic infula erit communis, uti fundus eft communis. poterit tamen Titius qui ædificari fecit à focio impenfas communi diuidundo iudicio repetere.l. fi quis cum æftimaret.ff.commu.diuid. At fi ædificator intra diem conftitutum non ædificauerit. tenetur ad pœnam fi qua promiffa eft,uel faltem in id quod intereft.l.ftipulationes non diuiduntur.ff.de uerb.obl. in fin. l.fi quis ab alio.ff.de re iud.nec poteft excufari,quod non appareret locus ubi ædificare poffet,cum fuerit demonftratus locus à ftipulatore. Et fi dicat poteram prohiberi a focio,hoc ei nihil prodeft,debuit enim experiri,& incipere ædificare: & fi fuiffet à focio prohibitus, non teneretur in id quod intereft, difficultas enim excufat à pœna.l.fi uehenda.ff.ad.l.Rhod. de iact. & Bar. in.l. quod te mihi.ff. fi certt. peta. num. decimo quarto. Differt igitur hic à priori cafu, nam fi ftipulor iter ad fundum communem ideo iter non acquiritur fundo communi, quia alij feruitutem acquirere poteft nemo l.proprium.ff.cõmunia præd.& fi focio non acquiritur,nec mihi acquiri poteft,cum nulla in communi fundo pars mea propria dici poffit. focius igitur & ego poffumus prohiberi,ne utamur itinere conceffo. fed nullibi prohibetur,quin focius poffit ftipulari infulam in fundo communi ædificari. tenetur igitur promiffor ædificare, quod fi non faciat,in id quod intereft condemnatur,nifi à focio prohibeatur.

Summarium

1 *Cafus. §.*
2 *Iter fieri, quid?*
3 *Cur uno ex cohæredibus contrafaciente ab omnibus pœna committatur.*
4 *Promittens amplius non agere, promittit quid informe.*
5 *Stipulatio, per te non fieri quo minus &c. & iter fieri, in quo funt fimiles.*
6 *Declaratio uerfi.fed uideamus &c.*
7 *Stipulatio,litium ratum habiturum, eft diuidua, & cur.*
Indiuidua, quæ.
8 *Stipulatio,rem ratam haberi, in promiffore eft indiuidua.*

DECLA-

LXXV. DECLARATIO
§. Cato. l. 4. ff. de uerb. oblig.

Interlocutores
Iulius Paulus Fabius.

OMnibus legibus, seu ut melius loquar prudentum responsis. §. Cato l habetur & est difficilior, quamobrē nouo quodam modo particulatim explanabitur erunt Iuli itaque petijt à Paulo Iureconsulto inquiens, Prudentissime Paule, quid in hoc casu iuris esse censes. † quidam
1 promisit se aliquid facturū, & si aduersus id factum esset, certam pecuniam dare promisit: mortuo promissore unus ex eius hæredibus contra fecit, dubitatur an pœna commissa sit, & quomodo? Paul. Iuli optime, ut tibi satisfaciam, referam id, quod apud Catonem lib. 10. memini me legere, ibi enim Cato in hæc uerba ait, pœna certæ pecuniæ promissa si quid aliter factum sit, mortuo promissore si unus ex pluribus hæredibus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portione hæreditaria, aut ab uno pro portione sua. Iul. quid sibi uolunt ea uerba, pro portione hæreditaria? Fab. hoc inquam, quod si unus contrafecerit, omnes ad pœnam tenentur, tamen agendum est contra quemlibet pro portione hæreditaria. ueluti, si sunt duo hęredes, pœna autem sit centum, & unus contra fecerit, pœna insolidum cōmittitur, & tenetur ēt is qui non contra fecit, sed portione sua duntaxat conueniendus est repetet tamē à cohærede fam. ercis. iudicio, damnum sibi resarciri. Iul. sed quo nam pacto cognoscā, quando ab oībous & quando ab uno pœna cōmittitur? Paul. idem Cato eodem libro declarat inquiens, ab omnibus, [supple tu, pœna cō mittitur,] si id factū, de quo cautū est, indiuiduum sit. Iul. obscurū est hoc Paul. ipsemet Cato, ut res clarior fiat subdit exemplum, ueluti, iter fieri. Iul. obscurius profecto exemplum uelim scire, quid significent uerba il-
2 la, † iter fieri? Fab. mitto te ad Lauren. Vall. lib. 5. cap. 368. & ad ea quæ sunt supradicta. Iul. leua me, obsecro hoc labore. Fab. iter fieri, ut ille ait, non est sternere, seu locum fodere, qua eundum est, sed est ingredi iter, seu ire, uel commeare, ut supra dictum est. Iul. quamobrem hoc indiuiduum dicitur? Fab. hæc enim stipulatio iter fieri, continet seruitutem, ut supra declaratum est seruitus autem est res incorporea, & consequenter indiuidua quod enim incorporeum est, nullas habet partes, icirco diuisionem non recipit. Iul. potest
3 ne reddi ratio, † quamobrem uno ex hæredibus contrafaciente, ab omnibus pœna committatur? Paul. potest profectò nam idem Cato eodem libro ita ait, quia quod in partes diuidi non potest, ab omnibus quodammodo factum uidetur.

Iul. non ab re. d. §. habetur difficilis. ille enim Cato ut in moribus, & in uerbis fuit seuerus quo enim modo dici potest, uideri eum fecisse qui non fecit? Fab. iam superius ostensum est, non posse partem itineris negari, quin totum & pro solido negetur, cum iter sit res incorporea, & consequenter indiuidua: quemadmodum non potest pars puncti tangi, quin totum tangatur, cum sit indiuiduum, dictum est etiam supra in unoquoque hærede, totam pro solido defuncti personam referri seu repræsentari: quemadmodum tota integraque aspicientis imago, in pluribus refertur speculis: & si unus hæres contrafecerit, intelligitur defunctus contrafecisse, cum una eademque persona censeatur. Aut. de iur. iuran. à morie. præst. & nor. Bar. in. l. si seruus. ff. de condic. fur. factum enim hæredis, factum defuncti reputatur. ita Decius in reg. hæredem, de reg. iur. col. 2. nu. 4. uers. & cum factum. At si defunctus aduersus id quod promisit fecisset, non potuisset pro parte contrafacere, cum res sit indiuidua, & quod indiuiduum est, partes non habet. quantulumcunque igitur defunctus contrafecisset, pro solido fecisse dicetur, merito igitur omnes hæredes id fecisse uidentur, cum in singulis tota ipsius persona repræsentetur, non ab re igitur ab omnibus pœna committitur. Sed quando res promissa est diuidua, licet defuncti persona tota integraque in singulis hæredibus representetur, & quilibet hæres una & eadem persona cum defuncto, ut dictum est censeatur, &

tur, & licet uno pro parte contrafaciente censeatur defunctus contrafecisse: tamen non tenetur nisi ille hæres qui contra uenit nam defunctus cum censeatur una & eadē persona cum contraueniente, censetur pro illa tantum parte contrauenisse, pro qua cō trauenit ille, qui eum repræsentat. cum non pro solido, sed pro parte sit conrrauentum solus igitur hæres qui contrauenit, pro ea parte tenetur, alij uero hæredes non tenentur, cum in alijs partibus non sit contra factum, nec potest fingi contrafecisse, cum re uera non sit contrafactum.

At quando res est indiuidua, pro solido est contrafactum, cum non potuisset, nisi pro solido præstari, merito omnes hæredes tenentur. Nec arbitreris mi Iuli, si defunctus reliquerit duos hæredes, repræsentari in illis duas defuncti personas, est enim una eademque in ambobus quemadmodum est una & eadem imago in pluribus speculis, & una & eadem uox Petri, tota integraque a plurium auribus percipitur, merito igitur uno hæiede peccante, omnes peccasse uidentur. Iul. satis mihi fecisti. uelim rursus intelligere, quid sibi uoluerit Cato in illis uerbis, aut ab uno pro portione sua? Fab. supplendum est pœnam committi. Iul. quando igitur pœna ab uno committitur pro portione sua? Paul. cato eodem libro ait, at si de eo cautum sit, quod diuisionem recipiat, tunc eum hæredem, qui aduersus ea fecerit, pro portione solum pœnam committet. Iul. ergo solus qui aduersus fecit soluet pœnam? Fab. ita est. Iul. quid est illud quod diuisionem recipit, potest ne exemplo demonstrari? Paul. potest utique. Cato eodem libro ponit exemplum inquiens, ueluti amplius non agi. Iul. perterret me iste Cato. sicca sunt enim & obscura spinosaque eius uerba, ego quidem non intelligo quid sibi uelint. Fab, ego mi Iuli arbitror à Catone huiusmodi stipulationem, promittis a te amplius non agi, uel actiue te amplius non agere, appellari diuiduam, propterea quod censetur promissum quoddam informe factum, qui
4 enim † promittit amplius non agere, non promittit aliquid, quod est totum forma, uti est res incorporalis, nec alicui rei dare formam, nec spondet quippiam habens formam, promittit igitur aliquid informe quēadmodum. n. is qui promittit dare alicui rei formam, dicitur iudiuiduum promittere. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l. fal. sæpius alleg. ita qui promittit quid informe, dicitur promittere quid diuiduum: contrariorū. n. contrarius est effectus, & supra satis declaratū est. Iul. Satis placet, sed quæ nam ratio differentiæ reddi potest, quod in re iudiuidua, uno peccante, ab omnibus pœna committitur pro portione tamen hæieditaria: in re uero diuidua a peccante dūtaxat pro portione sua committitur pœna? Paul. apud Catonem legi. differentiæ hāc esse rationē, quod in priori casu, hoc est in lla stipulatione iter fieri, quæ est omnino indiuidua, omnes commisisse uidentur. Iul. potest ne reddi ratio, quamobrē omnes uideantur peccasse? Paul. cato ibidem eam reddit, dum ait: quod nisi insolidum peccari non poterat. Iul. qua re non poterat pro parte peccari? Fab. hui? tam cito tibi excidit ratio, paulo ante tibi reddita. non ne tibi dixeram, id quod est indiuiduum, non posse pro parte tangi: ueluti punctum, uia, & iter non potest pro parte concedi, & pro parte negari, sed uel insolidum negatur, uel insolidum conceditur: hanc ob causam si unus hæres, eum qui stipulatus est, uti itinere prohibuerit, non in parte sed in toto intelligitur prohibuisse. hoc igitur uoluit Cato dum dixit, quod nisi insolidum peccari non poterat. Iul, dixisti in priori casu, hoc est in. d. stipulatione, iter fieri, non posse nisi insolidum peccari, & ideo uno peccante ab omnibus pœna committitur, ut supia abundæ dictum est. uelim ramen audire huic aliud simile. Paul. cato tibi satisfaciet, ait enim ibidem ut in illa stipulatione per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, & sic ipsemet
5 simile demonstrauit. Iul. est † ne hæc stipulatio per te non fieri quominus &c. simimilis illi, iter fieri? Paul. est profectò ex catonis sentētia. & similitudo uersatur in hoc quod illa stipulatio iter fieri, continet seruitutem, & sic ius, ergo indiuidua, non potest igitur in ea, nisi insolidum peccari: ita 6
& hæc per te non fieri quominus &c. continet etiam seruitutem ut supra est declaratū, eodem

eodem modo est diuidua, non potest igitur nisi in solidum peccari. Iul. si ita esset, non similis, sed eadem esset? Fab. aliquantulum hæc per te non fieri. &c. ab illa differt hæc enim licet contineat seruitutem ut illa, con tinet tamen hoc amplius, ne scilicet promissor sit impedimento, quominus liceat uti seruitute, quod si impediret, pœna committeretur: in illa uero iter fieri, non est expresse cautum, ne promissor sit impedimento, satis est enim ut patiatur stipulatorem ire agere, & si forte erit impedimento, non ad pœnam, cum nulla sit promissa, sed in id quod interest tenebitur. Iul. iam plane intelligo. Fab. aduerte mi Iuli, in multis codicibus legitur, illam stipulationem: sed non existimo Catonem ita scripsisse, si enim ita legeretur, eiusmodi uerba, non haberent unde regi possent, nec sensus nec constructio accommodari posset, legendum est igitur, ut in illa stipulatione. & ita memini legere in quodam antiquissimo codice in pergamena manu scripto. Iul. prudentissime Paule dixisti, illud quod est in stipulatione iter fieri, uersari in stipulatione per te non fieri quominus &c. & ideo stipulationẽ per te non fieri, esse similem illi: & quia nullum simile est idem. l. quod nerua. ff depos. uelim scire & in quo sunt similes, & in quo differunt? Paul. satis à Fabio nostro, supra declaratum est ibi uideto.

6 Iul. bene est, sed cupio audire, †quid uelint illa uerba, sed uideamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium, eiusque hæredem ratum habiturum. Fab. acutissime Iuli, dicebas paulo ante, Catonẽ obscurè locutum, tu uero obscurior, ficciorque uideris dixisti enim, uideamus ne non idem hic sit. Iul. iocosè à te arbitror hæc dici: Fab. imò scio. nosti enim aliud esse cura ne Titius legat, aliud cura, ne non Titius legat. nam si uelim à Titio non legi, dicam cura ne Titius legat: si autem uelim Titium legere, sed dubito ut non legat, dicam cura, ne non Titius: legat hoc est, da operam ut legat. sed huiusmodi uerba hic non ita intelligenda sunt sed illa dictio, ne, ponitur hic dubitatiue, ut apud Virgilium.

Iustitiæ ne prius mirer belline laborem. Si igitur illam dictionem ne dubitatiue accipis, recte id facis. Iul. Ita equidem accipio. Fab. ergo post dictionem ne, facias sub distinctionem, mox sequitur, non idem hic sit: dic ergo, uideamus, an non idem hic sit. Iul. sat bene, & ita intelligi oportet, sed illud aduerbium hic, quid demonstrat. Fab. hic, id est, in ista stipulatione, per te non fieri quominus &c. uis ut apertius loquar? Iul. obsecro. Fab. animum huc aduertito, integer sensus hic est. Videamus an non idem sit, in hac stipulatione per te non fieri &c. quod est in illa, iter fieri? sed magis puto esse idem quod est in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est potius dicendum uidetur, hanc stipulationem Titium ratum habiturum esse magis similem illi stipulationi, iter fieri, quam illam per te non fieri quominus &c. illa enim iter fieri, est affirmatiua, itidem hæc, scilicet stipulatio, Titium ratum habiturum, est affirmatiua, ergo similis: at stipulatio per te non fieri, quominus &c. est negatiua, ergo dissimilis ab illa, scilicet iter fieri. quid igitur dicendum? Paul. huiusmodi dubitationis, Cato in eo libro mentionem minime fecit, ego autem respondeo, non idem esse. Iul. pluscùlum dubitationis ex uerbis tuis oritur: dicis non idem esse, nec aperis, ubi. Fab. satis aperuit noster Paulus. supra enim dictum est ex uerbis Catonis, illam stipulationem iter fieri similem esse huic, per te non fieri quominus &c. & in utraque esse idem, tu uero putabas non esse idem, hic, id est in hac stipulatione per te non fieri &c. quod est in illa iter fieri, sed putabas magis idem esse, id quod est, in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est existimabas hãc stipulationem Titium ratũ habiturũ, esse magis similem illi, iter fieri, quam hanc, per te non fieri quominus &c. cum utraque sit affirmatiua: Paulus uero ad tuam hanc sententiam respondens ait, non esse idem, hoc est illam stipulationem iter fieri, non esse similem, ut tu existimabas, huic, Titium ratum habiturum, sed illi, per te non fieri quominus &c. ut Cato scripsit, qui plusquam mani

feste comparauit illam stipulationem iter fi.,,quæ erat in priori casu, huic per te non fieri, ut patet ibi, ut in illa stipulatione &c. assentire obsecro Catonis sententiæ, & animaduerte tex. esse mendosum: legendum est enim Paulus respondi, & non Paulus respõdit. ut in.l.tutor.§.lutius.ff.de usu. ubi dicitur Modestinus respondi. & ita idem Paulus in.l.ult. & penul.ff. quæ senten.sine appell. ubi legitur Paulus respondi.

Iul. declarasti Fabi mi, uerba Pauli aliquantulum obscura, sed uelim mihi reddi
7 rationem, † quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum, non sit similis, illi iter fieri? Paul. audi igitur. hoc ideo fit, quod hac stipulatione, & solus tenebitur, qui ratum non habuerit, & solus aget a quo fuerit petitum, idque & Marcello uidetur. Iul. est igitur diuidua? Fab. est profecto, & ideo non est similis illi iter fieri, quæ est indiuidua, in qua uno peccante omnes pro portione hæreditaria tenentur, ut dictum est. Iul. mihi autem minime persuadere minime possum, quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum sit diuidua?

Fab. satis clarè dictum est supra, illud esse indiuiduum, uel quod est incorporale, & ideo est in mera forma, ueluti uia, iter, actus, anima, & huiusmodi, uel cui aliqua forma a promissore danda est, utputa insulam ædificari, fossam fodi: item quando res habens formam tradenda seu danda est, utputa, domum tradi, fundumue finibus suis præscriptum dari, & huiusmodi.d.l. stipulationes non diuiduntur. Dictum est etiam illud esse diuiduum quod non est per se mera forma, nec a promissore ei danda est, nec habet in formam, & ideo est omnino informe, ueluti decem dari, materiam con duci ad rem aliquam faciendam, de quo supra ratio reddita est. & hoc sentit Bartol. in.d.l. si is qui.§. quædam.ff. ad.l. Falcid. in 1. oppos. ubi loquitur de opere formi, & informi. Iul. satis mihi, ut soles fecisti, sed adhuc tantillum dubij restat: dubito
[illegible] enim an ipse dominus, hoc est Titius, cuius procurator promisit eum ratum habiturum, possit pro parte ratum habere? Paul. minimè. Iul. quo nam igitur modo diuidua dicitur? Fab. non ne mi Iuli, hæc stipulatio, decem dari, est diuidua.l.2.§.1. ff.de uerbo. obliga. & tamen is qui ea promittit, non potest inuito creditore pro parte soluere.l. tutor.§. Lutius.ff. de usu. glo.
8 in.d.§.1.

Iul. & † quæ nam differentiæ est ratio, ut si unus hæres ratum non habuerit, solus tenetur, alter uero non tenetur, qui pro parte ratum habuit, potuit igitur unus hæres pro parte ratum habere: dominus uero pro parte id facere nequaquam potest, hoc mirum est, immutatur enim ex persona hæredum obligationis conditio, id quod fieri minime debet.l.2.§. ex his.ff. de uerbo. obligat. Fab. ratio facile reddi potest: nam quemadmodum si Titius centum promiserit, non potest partem soluere.d.§. Lutius, ita nec eius hæres poterit partem soluere, inuito creditore. Iul. tu tibi ipsi non constas. Fab. audi quæso, mortuo promissore duobus relictis hæredibus, ipso iure illius patrimonium ex lege duodecim tabularum inter hæredes diuiditur, & ut unusquisque hæres suam habet portionem, quæ respectu habentis, non est pars, sed totum quoddam: quemadmodum fundo regionibus in duas partes diuiso, neutra illarum est pars fundi, sed per se fundus.l. si quis duas.§. si quis partem.ff. comm. prædio. ita id quod iure uni ex hæredibus uenit, non est pars sed totum quoddam: ueluti, si Lutius debebat centum, eo mortuo, ea centum ipso iure inter duos hæredes, pura Titium & Sempronium, diuiduntur, ita ut quinquaginta a Titio, totidemque a Sempronio soluenda sint, sed quinquaginta respectu Sempronij non est pars, sed totum quoddam, oportet igitur, ut soluat totum, ut liberetur, nec posset uiginti quinq;, & sic partem inuito creditore soluere, quemadmodum nec ipse Lutius poterat. d.§. Lutius.

Vides igitur mi Iuli conditionem obligationis non esse immutatam. nam quemadmodum defunctus debebat totum soluere, & si pro parte soluisset, liberatus certe non fuisset, ita unusquisque hæres debet soluere totum id quod ipse debet, nec liberatur

tur soluendo illius totius partem, non est igitur conditio obligationis immutata. Iul. iam mi Fabi, ex Pauli responsione, & tua interpretatione satis ingeniosa contentus sum, & utraque mirum in modum mihi cordi est, nec existimo potuisse melius & respondere & interpretari. Fab. gratia dei id factum arbitremur, qui cum sit ipsa ueritas, non finit ueritatem diu latere.

Superest acutissime auditor, ut inspiciamus an interpretatio Ias. ad illum uers. sed uideamus. sit literæ consentanea? ipse enim iactabundus ait, eum uerum est illius uersi. sensum, quod Iureconsul. dubitat, an idem sit hic, scilicet in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione per te non fieri quo minus &c. dubium erat, inquit ipse, quia utraque stipulatio est negatiue concepta? Paulus ait, non esse idem, scilicet in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri &c. quia prima est diuidua, secunda est indiuidua, & ideo Paulus ex Ias. sententia concludit bene esse idem in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione ratum haberi. Non possum non subridere, uel potius non dolere tantũ uirum audacter asserere huiusmodi esse uerum sensum alijs, qui magis confundunt, quam aperiant intellectum. Videamus doctissime Ias. an id quod ais uerbis accommodari possit. consultor enim in uer. sed uideamus, dubitatiue loquitur, id quod ostẽdit illa dictio, ne sed dicas obsecro, unde dubitandi ratio oriebatur? sine controuersia dicendum est, esse ortam ex comparatione, quam Cato fecerat, seu Paulus ex Catonis uerbis. dixerat enim Cato, in stipulatione iter fieri, uno ex hæredibus contra faciente ab omnibus pœnam pro portione hæreditaria committi: in stipulatione uero amplius non agi, eum hæredem, qui aduersus promissa fecerit, pro portione sua solum pœnam committere. in uersi. differentiæ, ponit rationem, inquiens, quia in priori casu, hoc est in stipulatione iter fieri, ille enim prior casu existit, omnes commisisse uidentur. rursus reddit rationem inquiens, quia nisi insolidum peccari non poterat. deinde in uersiculo, ut in illa, comparat stipulationem illam, iter fieri, stipulationi per te non fieri quominus &c. cõparatio autem in hoc uersatur, quod sicut in illa iter fieri, non potest nisi insolidum peccari, ita & in hac per te non fieri quominus. Hac Catonis comparatione audita. consultor dubitabundus ait, uideamus an, non idem sit, hic. ille articulus hic, non demonstrat stipulationem amplius non agi, ut tu Iason existimas, de ea enim mentio à Catone facta non fuerat, sed sine controuersia ostendit eam stipulationem per te non fieri, quominus &c. huic enim à Catone comparata fuerat illa stipulatio per te non fieri, hanc ob causam consultor dubitans arbitratur stipulationem illam iter fieri, non esse similem huic, per te non fieri, quominus &c. quemadmodum Cato asserebat. Et ideo dixit, uideamus ne non sit idem, hic, idest in stipulatione per te non fieri, quod est in illa, iter fieri: negat igitur consultor esse idem. deinde quasi affirmatiue putat, magis idem esse, id quod est in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est arbitratur consultor illam stipulationem iter fieri, magis esse similem huic, Titium ratum habiturum, quam illi per te non fieri, quominus &c. ut Cato dicebat. poterat enim cõsultor moueri, quòd illa iter fieri, est affirmatiua, hæc autem per te non fieri, uidetur negatiua, quamobrem non uidetur recta comparatio sed magis, illa iter fieri, uidetur comparanda secundum consultorem, huic scilicet Titium ratum habiturum, est enim & hæc affirmatiua. sed decipiebatur profecto consultor, si quidem stipulatio per te non fieri quominus &c. æquipollet affirmatiuæ, ut supra ex Dialecticorum regula demonstratum est. Hanc ob causam Paul. Iureconsul. respondens cõsultori, dicit, non idem esse, supple tu, in stipulatione, Titium ratum habiturum, quod est in illa iter fieri. Et non interpretandum est. ut tu Iaso. interpretaris, qui illis uerbis Pauli, uidelicet non esse idem, addis scilicet, in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri. Hæc autem interpretatio, quam sit à uero aliena ostendunt uerba Pauli, quæ sequuntur, quibus reddit rationem, quamobrem non sit idem inquiens

quiens. nam hac stipulatione, scilicet ratū haberi, solus tenebitur, qui ratum non habuerit, & solus aget a quo fuerit petitum. at in stipulatione iter fieri, si unus peccat, ab omnibus pœna committitur, bene igitur ait Paulus, non esse idem. sequitur itaque ex uerbis Pauli, recte a Catone fuisse comparatam illam stipulationem, iter fieri, huic per te non fieri quo minus &c. illa enim est affirmatiua, & hæc per æquipollens est affirmatiua, ut dictum est in declar. 73, Item in illa est promissa seruitus itineris, itidem & in ista, Item in illa, non potest nisi insolidum peccari, eodem modo & in ista. Similiter in illa, uno contrafaciente, ab omnibus pœna pro portione hæreditaria peti potest: itidem & in ista uno impediente, ab omnibus pœna committitur, cum non possit nisi insolidum peccari, recta est igitur comparatio, quam Paulus accurate paucis uerbis cōfirmat. Et ex his arbitror sensum, quem Ias. putat uerum, esse longe a uero alienum perbelle igitur ait philosophus. 1. Ethic. uero omnia consonant, a falso cito discrepat uerum. Ex supradictis ingeniose auditor habes nouam indiuiduorum declarationē, quæ si satis tibi fecerit, non mihi, sed Deo a quo omnis prouenit ueritas, acceptam referto, & una mecum illi gratias agito.

LXXVI. DECLARATIO

§. si parens. l. 1. ff. si a parente quis manumissus fuerit.

QVæsitum fuit a me, quam ob causam pater qui pecuniam à filio accepit, ut eum emanciparet, à bonorū possessione contra tabulas excludatur? Respondi, ideo fieri, quia ratio, quamobrem æquissimus prætor patri, qui a filio emancipato præteritus erat, concesserat, ut ad bonorum possessionem contra tabulas admitteretur, accepta pecunia omnino cessat.

Ratio antem erat, quod filius à parente emancipatus, gratuitum bonorum sibi quærendorum beneficium accepit. si enim filius familias esset, quodcunque sibi acquireret, eius emolumentum patri sine dubio acquirere. §. igitur. Insti. per quas pers. nob. acq. l. 1. ff. si quis à paren. fue. manu. in princip. emancipatus uero, non patri, sed sibi acquirit. Hanc igitur ob causam, in recompensationem talis beneficij, prætor parenti qui filium emancipauit, meritò concessit, ut si ab eo prætereatur habeat bonorum possessionem contra tabulas. d. l. in princip. & hoc prætori æquissimum uisum est. si igitur pater ob emancipationem pecuniam à filio accepit, certè beneficium à patre acceptum iā remuneratum est, nec potest dici gratuitum beneficium à patre in filium collatum, non est enim beneficium, nisi gratis conferatur: idcirco si filius, qui data pecunia emancipatus est, patrem prætereat, appellati ingratus minime potest, quamobrem cessat illa Prætoris æquitas. non est enim æquum, ut pater & pecuniam accipiat, & ad bonorum possessionem contra tabulas admittatur. si igitur pecunia accepta, æquitas illa cessat, sequitur ut desinat esse iustum. nil aliud est iustum, quam quoddam æquum, seu alteri adæquatum, pro seruitio enim, seu re aliqua accepta, æqua secundum proportionem retributio facienda est, alioqui esset quid iniustum. hæc colliges ex Arist. 5. Eth. Aequissimum itaque Prætori uisum fuit, ut emancipationis beneficium à patre in filium collatum, altero rependeretur beneficio, hoc est ut ipse pater à filio emancipato saltem in legitima instituerctur. id quod si non fiat prætor ipsum patrem ad bonorum possessionē cōtra tabulas admittit. hoc ipsum est, quod prætor in. d. l. 1. in princ. appellat æquissimum. Quando igitur pater à filio pecuniā accipit, ut eum emancipet, iam emancipationis beneficium accepta pecunia remuneratum est, sunt igitur pares. At si pater & pecuniam & bonorum possessionem contra tabulas, nisi institueretur, haberet, hoc neq; æquum neque iustum dici posset. nam ex parte patris emancipatio dumtaxat, ex parte uero filij, & pecuniæ datio, & institutio existeret, uel bon. possess. contra tabul. id quod minime esset iustum, esset enim plus ex una parte, quam ex altera, & per consequens non esset æquum, ut in 5. Ethi. Hanc ob causam tex. in. d. §. si parens ait. si pater pecuniam accipit, ut filium emancipet, & uelit ad

lit ad bonorum possessionem contra tabulas uenire, exceptione doli repellitur. ratio est, quia emācipationis beneficium ipsa pecunia compensatum censetur: tanti enim uidetur à patre æstimatū esse damnum, quod ex ipsa emancipatione consequitur, quanti est illa pecunia, quam a filio ob emancipationem accepit. cessat itaque prætoris ratio in d.l.1. ergo & eius dispositio cessare debet. l. adigere. §. quamuis. ff. de iur. patro.

Et ex his perspicuum est patrem in d. §. si parens, non eo amittere bonorum possessionem contra tabulas, quod fecerit pactum de non succedendo, cum quo esset admixtū delictum: ut tenet Bar. in. l. fi. C. de pact. in 2. col. uersi. secundo quæro. non enim accipere pecuniam a filio emancipando est delictum. l. utrum. ff. de uerb. obl. & est communis Doctorum opinio. sed eo amittit quod pecunia a filio accepta iam remuneratum est emancipationis beneficium, & sic cessat æquitas, qua motus erat prætor ad dandam bonorum possessionem contra tabulas, ut ex supradictis satis patere potest.

Finis libri Quinti.

æquum inter lucrum & damnum. quando igitur una pars est in lucro, altera in dãno, tunc est iniustum: quando uero neutra pars est in lucro, neutraque in damno, sed quisque ius suum habet, tunc dicitur esse iustum exempli causa, si uendo tibi æquum centum aureis, & trado, si tu non das mihi pretium tu es in lucro, & ego in damno: quam obrem eo ad iudicem, iudex autem dicens sententiam cogit te ad dandum mihi pretium, & ita rem ad æqualitatem reducit, emendatque iniustum, & ita dicitur quisque ius suum habere, hoc est iustum suum, & iudex ita loquendo dicit ius seu iustum, & hoc iustum dicitur reale seu emendatiuũ, quia est quoddam æquum, re ipsa inter plus & minus, & lucrum & damnum. Si igitur reperitur iustum reale seu emendatiuum, cõsequens est, ut repetiatur etiam iurisdictio realis seu emendatiua, quasi locutio iusti realis. hæc ex 5. Ethic. facile colliges.

Est & aliud ius seu iustum, quod legale nominatur, nam quemadmodum is qui exorbitat a lege, eamque transgreditur, dicitur iniustus, ita & exorbitatio ipsaque transgressio dicitur in iustum quoddam. is uero qui obtemperat legi, & ea quæ sunt a lege diffinita facit, dicitur iustus, & obtemperare legi, ipsumque facere legitime dicitur iustum: ea enim quæ a facultate ferendarum legum sunt diffinita & constituta, legitima sunt, & horum unumquodque iustum appellatur. quamobrem cum iudex dicit, diffinita a lege esse seruanda, dicit iustum quoddam legale, & hinc dicitur iurisdictio legalis, quasi locutio iusti legalis.

Est itaque duplex iurisdictio, una realis, altera legalis. hæc etiam colligi possunt ex 5. Ethi. Est præterea sciendum hanc ap-

4 pellationem † potestatem, duci ab hoc uerbo possum, potes. eamque esse duplicem, unam naturalem, alteram uero politicam seu ciuilem. Naturalis potestas ea est, quam quis habet a natura, utputa habet quis potestatem a natura ambulandi, loquendi, aliaque eiusmodi faciendi. Item pater quãdam naturalem potestatem in liberos obtinet, de qua dictum est supra in declaratione patriæ potestatis. Item dominus natura habet quandam potestatem in seruos, quæ appellatur herilis, & mas natura ipsa habet quãdã potestatem in fœminam, & alia eiusmodi ut

5 in. 1. Polit. altera est † potestas politica seu ciuilis cuius duæ sunt species quædam. n. est summa seu suprema: quædam inferior. Potestas summa politica ea est, qua nulla est superior: & hæc omnẽ politicam potestatem, omne politicum imperium, omnemque iurisdictionem continet, continet inquã potẽtia, potestque in actum deducere. Continet præterea legũ ferẽdarũ facultatem, iudicis dandi licẽtiam, magistratusque creandi. l. fi. C. de legi. in fi. l. 2. de origin. iur. continet item facultatem, omnia alia faciendi, quæ ad rempublicã seruãdã necessaria utiliaque sunt, ut pura præstare beneficium, impetrandi ueniam ætatis. C. de his qui ueni. æta. impet. præstare authoritatem atrogationi. l. 2. ff. de arrog. præstare authoritatem legitimationi. Aut. quib. mod. nat. effi. sui §. illud & §. penult. & alia huiusmodi. & hæc potestas est pœnes id quod habet ciuitatis gubernationem seu regimen. Si igitur unus ciuitatem gubernat ad utilitatem cõmunem respiciens, is est Rex, seu Imperator, apud hunc erit illa summa omnium potestas, & dicetur regia seu Imperialis potestas. hæc autem potestas in initio Romæ ciuitatis fuit apud reges, Romulus enim Numa Pompilius, Tullius Hostilius & alij fuerunt, qui ad publicam utilitatem gubernabant. Quando uero unus ad propriam utilitatem gubernat, dicitur Tyrannus: & si pœnes hunc est illa summa potestas, appellabitur tyrannica. Si uero plures boni, non tamen tota multitudo, ad communem utilitatem gubernant, si pœnes hos est ea potestas, dicitur gubernatio seu potestas optimatum. at si ad propriam utilitatem hi gubernant, illa potestas, paucorum potentia merito nuncupatur Tales fuerunt illi decem uiri in urbe Roma, qui exactis regibus aliquandiu ad publicam utilitatem gubernarunt: tales etiam fuerunt Consules & Senatores.

Cum uero multitudo ad communem regit utilitatem, ea gubernatio communi nomine uocatur res publica, illaque potestas appellatur publica, & tunc multitudo est domina omnium hæc supra scripta ex. 3. Polit. colliguntur. Est itaque ut dictum est,

summa quædam politica potestas, qua is pœnes quem ea est, omnia potest ad rem publicam necessaria, atque utilia afficere. Hæc autem potestas dicitur præses & architectonica: is autē pœnes quem ea est, architectonicus præses dicitur. hic enim non agit sed regulas hoc est leges dat, quomodo re-
6 genda tractandaque sit respublica? qui † uero agunt administratores rectoresque ciuitatum appellantur. sunt enim quasi manuales artifices, qui architectonico illi inseruiunt. hæc ex Aristo. in 5. Ethic. & ibi not.

Illa inferior politica potestas, ab illa summa descendens, quæ & iurisdictio dici potest, est uti genus, quæ ita diffiniri potest.

Iurisdictio, est publica potestas, per quam, quis operatur in iusto dicendo, ut ciuitas bene, quieteque uiuat, bene etenim quieteque uiuere, est finis omnium iurisdictionum, ut in. 3. pol. & .l. congruit. ff. de offi. præsid.

Hvius autem duæ sunt species: una
7 realis, altera legalis. Realis † iurisdictio est, per quā quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo, de quo supra dictum est hæc enim curam habet, ne una pars sit in damno, altera in lucro, uel ne quis iniuste damnum passurus sit. iudex enim pœnes quem est eiusmodi realis iurisdictio, uidens unam partem esse in lucro, alteram in damno, dicendo ius, hoc est loquendo inter partes id quod iustum est, rem ad æqualitatem redigit, facitque, ut quisque ius suum, hoc est iustum suum, habeat 5. Ethic. Hæc itaque iurisdictio in omnibus actibus locum habet, in quibus una pars est, uel potest esse in damno, ut puta in omnibus contractibus nominatis, innominatisque, & in ultimis uoluntatibus, atque in maleficio, uel quasi, quando actione agitur, ut in iniuria, cum agitur ciuiliter. §. in summa. Institu. de iniur. & in furto etiam uersatur, ubi iudex dicendo iustum, condemnat te ad rem mea mihi restituendam. Nam si tu furaris rem meam, ego sum in dāno, tu quidem in lucro, & si occidis aliquod pecus meum, uel aliquas arbores meas incidis, ego sum in damno, & tu aliquo modo diceris esse in lucro, ut not. in. 5. Ethic. quamobrem, iudex dicendo ius reducit rem ad æqualitatem, hoc est, condemnat te ad illarum rerum æstimationem mihi dādam tot. titu. ff. ad. l. aquil. & sic in cæteris maleficijs, uel quasi quando ciuiliter agitur, & dicitur iurisdictio mera, hoc est non admixta, est enim species per se: & quia, rem ad æqualitatem redigit, ideo dicta est iurisdictio realis seu emendatiua, quæ ita diffiniri potest. Iurisdictio realis, seu emendatiua, est publica potestas, per quam quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo; præposita actione, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniustè patiatur. hanc diffinitionem bonam esse arbitror, constat enim ex genere, ex differentijs, & cum suo conuertitur diffini-
8 to. Hæc † autem iurisdictio realis fuit ex iure gentium, antequam esset ius ciuile, nam sicut iure gentium erant obligationes & actiones, ut supra demonstratum est in declaratione actionum, deinde à iure ciuili comprobatæ, appellantur ciuiles, ut in. §. omnium. Insti. de obliga. ita & hæc iurisgentium iurisdictio à iure ciuili approbata, dicitur etiam ciuilis.

9 Illa species, quæ dicitur † iurisdictio legalis, uersatur in iusto legali, de quo supra dictum est, & habet locum ubicunque lex aliquid fieri iubet, uel non fieri uetat, & iudex dicit illud fieri, uel non fieri, & quia illud quod lex fieri, uel non fieri iubet, est iustum, ut in. 5. Eth. merito id quod à iudice in illis casibus terminatur iustū legale dici potest si igitur iudex in his, iustum legale dicit consequens est, ut iurisdictio reperiatur, etiam legalis, lex enim de omnibus dictat, nam legumlatoris uoluntas est efficere bonos ciues, etiam metu pœnæ, ut in. 1. Ethico. & .l. 1. ff. de iusti. & iur. & profectò in omni uita legibus est opus. multitudo enim potius pœnæ, quam rationi, & honestati paret, ut in. 10. Ethico. præcipit enim lex ea agere, quæ ad uirum fortem pertinent, ut puta non deserere locum, non fugere, & si id fiat pœnam imponit, ut in titu. de re. mili. ff. præcipit etiam ea, quæ sunt temperantis, ueluti non committere adulterium, incestum, stuprum, & eiusmodi, & si id fiat iubet facientem pœna affici. ut in tit. ad. l. iul. ff.

iul.ff.de adul.&.C.præcipit item hominem gladio, uel ueneno iniuste non occidi, id quod si fiat, pœnam in facientem irrogat, tot. tit.ad.l.cor. de sic. & uenef.C.&.ff. uetat etiam non committi falsum, & si cómittatur, pœnam in committentem punit. de qua.ff. ad.l. cornel. de fal. & in cæteris itidem facit, alia iubens, alia uetans. & omnia quæ lex iubet, aut uetat, dicuntur iusta.

Omnia igitur quæ sunt a lege diffinita, legitima, & iusta sunt, & iudex qui punit facientes ea, quæ lex fieri uetat, & non faciẽtes quæ fieri iubet, dicendo id faciendum esse, dicit ius seu iustum legale, & consequenter ipsum dicere, ius legale, appellatur iurisdictio legalis.

Summarium

1 *Iurisdictionis legalis quatuor sunt species.*
2 *Potestas condendi leges est species iurisdictionis per se non meri imperij gradus.*
3 *Item licentia iudicis dandi. Et imperium inferius. nu. 4.*
5 *Imperij inferioris tres sunt species.*
Modica coertio, quid sit.
6 *Modicæ coertionis differentia cum mero & mixto imperio.*
7 *Imperium merũ, unde dicatur: et eius diffinitio.*
8 *Et quot sunt eius gradus.*
9 *Delicta cur puniantur.*
10 *Imperium mixtum cur dicatur. Et eius diffinitio. nu. 11. Et quot sunt eius gradus nu. 12.*
13 *An datio tutoris sit mixti Imperij; & quod non sed species per se iurisd. legalis.*
14 *Officium iudicis in exercenda iurisdictione, est uti instrumentum. & nu. 16.*
15 *Nec nobile, aut mercenarium dicitur.*
17 *Officium iudicis, cur latissimum. Et cur non longissimum. nu. 18.*
Dictionis, & natura.

LXXVIII. DECLARATIO specierum iurisdictionis legalis.

1 HAec species quæ dicitur † iurisdictio legalis, diuiditur in quatuor species. Prima dicitur facultas legisferendæ. Secunda licentia iudicis dandi. Tertia imperium inferius. Quarta est potestas dandi tutores, quæ ei soli competit, cui nominatim uel lex, uel senatusconsultum, uel princeps concessit l. muto.§.tutoris datio.ff. de tutel. Hæ autem quatuor species ab illa summa potestate, de qua dictum est, descendunt. nam licet is pœnes quem est illa summa potestas per se principaliter possit facere leges, seu constitutiones, puta populus, seu princeps.§. lex & in.§. sed & quod principi. Insti. de iur. nat. gen. & ciui. potest tamen id alteri impartiri, & efficietur una species iurisdictionis legalis, quæ potest dici potestas legis dicendæ, hoc est legis constituendæ: nam lex rectè posita legitima est, & quod in ea continetur, iustum dicitur.§. Et hi. qui ergo dicit hoc est constituit legem, dicit iustum legale & illa potestas quæ potest legem dicere, iurisdictio, hoc est legalis, iusti locutio, appellatur. Hæc autem potestas legis faciendæ, concessa est a summa illa potestate senatui, ut.l. non ambigitur.ff. de legi. concessa etiam est præfecto prætorio, ut.l.
2 formam.C.de offi. præf. præto.& † est una species iurisdictionis per se: non enim est gradus imperij meri, ut tenent Bar.in.l.imperium.ff.de iurisdict. omn.iud. & quia specialiter tributa est a lege, non potest delegari. Item licet dare iudices, creare magistratus, tabellionesque, proprium sit illius summæ potestatis, tamen ab illa conceditur etiam inferiori, nam & alij possunt dare iudicem.l. cum prætor.ff. de iudi. &.l. more maiorem.ff. de iurisdictioni. om.iud.
3 Est igitur † licentia iudicis dandi, species iurisdictionis legalis per se, quæ diffiniri ita potest. licentiam iudicis dandi, est potestas seu iurisdictio legalis a superiori potestate concessa ad iudicem dandum, concessa inquam expresse, hoc est lege, uel tacite, hoc est consuetudine, ut d.l. cum præ-
4 tor. Imperium † inferius, quæ tertia species legalis iurisdictionis nominatur, uti genus subalternum ita diffiniri potest. imperium inferius est iurisdictio legalis per quam iudex imperando, uel iubendo, uel uetando sine actione operatur.
5 Hoc autem † imperium subdiuiditur. nã quoddam est merum: quoddam mixtum: & quoddam iurisdictioni reali seu emenda-

6 conf. Et hæc † modica coertio seu castigastio differt ab illa castigatione, quæ principis constitutione defensoribus ciuitatum cõcessa est.§.audient. Aut.de defens.ciuit.il la enim fit ad pœnam & maleficij uindictã, nec mandari potest, cum sit principis constitutione specialiter ipsis defensoribus tributa, nec mãdata iurisdictione transit.l.si quid ff.de offic. proconf.estq; species meri imperij: hæc autem hoc est modica coertio fit ad emendationem, & est species imperij per se, & differt a mero, quod uersatur in animaduersione ad uindictam maleficij, hoc autem in emendatione non obtemperantium locum habet. Differt præterea à mixto imperio, quia mixtum exercetur ne quis damnum iniustum patiatur: modica uero coertio ad emendationem ut dictum est, tribuitur. Et nota quod modica illa coertio de qua in. d.§. audient, non competit iure magistratus, sed principis constitutione, & & ideo mandari non potest, per regulam primam. d.l. 1. Docto. tenent contrarium & male.

7 IMperium † merum uti species ita appellatur, eo quod ei nulla alia iurisdictionis species sit admixta hæc enim appellatio, merus, mera, merum, idem est quod solus, sola, solum: unde merula auis dicta est, & merum appellatur uinum, cui aqua non est admixta: & dicitur merum ad differentiam mixti, cui realis iurisdictio inest.d.l.imperium. & inferius dicetur, ut a superiori differat. Huiusmodi autem imperiũ ita diffiniri potest. Merum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto legali, puniendo facinorosos, delinquentesque homines, ne delicta remaneant impunita. Hæc diffinitio est bona. constat enim ex genere & differentijs, & conuertitur cum suo diffinito. Iurisdictio enim ponitur loco generis. Illa dictio legalis, ponitur ad differentiam iurisdictionis realis seu emendatiuæ. Illa uerba per quam iudex operatur in iusto legali puniendo, ponuntur ad differentiam meri imperij Tyrannici, quo solent insolentes puniri. Illa uerba ne delicta remaneant impunita, ponuntur ad differentiam imperij coercitiui, quod punit inobedientes, non autem facinorosos, de quo supra scriptum est: Cõuertitur etiam cum suo diffinito, ut liquido constare potest. ergo bona, ut.l. 1.§.dolum ff.de dolo. Sed si quispiam diceret hanc diffinitionem non esse bonam, eo quòd nõ competit omnibus diffiniti partibus: nam condere leges, est meri imperij, ut tenet Bart.in.l. imperium.in 8.col.in primo gradu meri imperij. ff. Huic obiectioni occurrens, dicito condere leges, non esse eiusmodi imperij inferioris, sed spectat ad illam summã potestatem seu summum illud imperium, de quo supra scriptum est.d.§. lex.&.d.§. sed quod principi. Inst. de iur. nat.gen.& ciuil. & si quando huiusmodi legum ferendarum facultas ab illa suprema potestate inferioribus conceditur, efficitur species per se, & est species iurisdictionis, de qua supra dictum est. Non est igitur uerum, facultatem legis ferendæ esse meri imperij gradum, sed est species iurisdictionis legalis per se.

8 Solet quæri, quot † sunt gradus eiusmodi meri imperij? Bar. in.d.l.imperium, dicit esse sex gradus. sed aduertendum est, quod primus gradus, hoc est condere legẽ, non est meri imperij inferioris, ut dictum est. unde dicas, tot esse huius imperij gradus, quot sunt pœnarum species, cum merum imperium in puniendis facinorosis hominibus uersetur. Quot autem sint pœnarum species, cum uacabit numerato: & quot illæ erunt, tot gradus huius imperij esse dicito. Si quæratur quamobrem huiusmodi pœnæ irrogantur delinquentibus? responderi solet, quia interest reipublicæ, ne delicta remaneant impunita.l. si ita uulneratus.ff. ad.l. Aquil. Rursus si quæratur

9 † quamobrem intersit reipublicæ? respondeas, præmittendo, Ciuitatem esse ciuium multitudinem quandam: respublica uero est eorũ, qui in ciuitate degunt. institutio. Et quemadmodũ homo componitur ex pluribus partibus, utputa ex pedibus, manibus, oculisq; &c. ita ciuitas ueluti unus homo ex pluribus ciuibus componitur, & est quasi unus homo qui multos habeat pedes, multas manus multos oculos, multasque alias partes, ut dicit philosoph. in 3. Polit. Et quem-

quemadmodum qui ostendit manum Petri, facit iniuriam Petro, ostendit enim partẽ ipsius Petri: ita qui ostendit unum ciuem facit iniuriam ciuitati, ostendit enim partem ciuitatis, cum ciuis pars est ciuitatis, ut in 3. Polit. unusquisque enim ciuis, particula est ipsius ciuitatis. 8. Polit. Cum igitur ciuitas sit offensa, merito iubet offendentem puniri. hæc ex 5. Ethic. Hæc est igitur ratio, quamobrem interest reipublicæ, ne delicta remaneant impunita.

10 Restat ut uideamus de mixto imperio, & primum † quæritur quamobrem dicatur mixtum? Dicas mixtum imperium appellari, eo quod ei iurisdictio inest.d.l imperium. sed dices, nonne & mero imperio inest iurisdictio? inest profecto Rursus dices quambrem merum imperium non appellatur mixtum, cũ ei etiam iurisdictio insit? responde tu, quod mero imperio inest iurisdictio, uti genus, genus enim cuilibet speciei inest.l.si quid earum.§.inter emptum.ff.de leg.3. & quando genus inest alicui rei, res illa non dicitur mixta: non enim homo, cui inest animal uti genus, dicitur mixtus, sed quando unum quid ex duabus speciebus efficitur, illud appellatur mixtum, ueluti si uinum & mel misceantur fit noua species quod dicitur mulsum, & hæc species mixta uocatur.§.quod si partim.Inst.de rer.diuis. item ex actione personali & reali fit actio mixta.Insti.de action.§.quædam. Cum igitur hæc species mixti imperii sit composita ex duabus speciebus, uidelicet ex illa specie, quæ dicitur merum imperium, & ex illa, quæ dicitur iurisdictio realis, de qua supra scriptum est, merito imperium mixtum nuncupatur.

11 Si quæratur, † quid est mixtum imperiũ? responde, Mixtum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto reali sine actione, imperando, iubendo, uetandoue, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur. Dixi imperando, ut.l.1.in prin. ibi restituas ff.quod ui aut clam.& in.l.1. ibi, exhibeas. ff.de lib. ho.exhiben.itidem in.l.1.in princ. de lib.exhib. Dixi iubendo, ut.l. cauere iubere.ff.de iurisdic. om. iud.l.&.dies.§.prætor ait.ibi, denunciari iubeam.ff. de dam.in fec.&.l.prætor ait, ibi, satisdare iubeo.ff.eo. &.l.1.ff.de cloa.ibi, cauere iubebo. Dixi uetando, ut.l.1.in prin. ibi. uim fieri ueto.ff. de aqua quotid. & æsti. &.l.1. in prin.ff. de riu.ibi uim fieri ueto itidem in.l.1. in prin. ibi uim fieri ueto.ff.de itiner. actuque priu. & in l.1. in prin.ff. ne quid in flum. pub. & multis alijs legibus & interdictis. Huiusmodi autẽ diffinitio (ut arbitror) cuique bona uideri potest. constat enim ex genere & differentijs illa enim uerba iurisdictio legalis, ponuntur uti genus. illa uerba per quam iudex operatur in iusto reali, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur in iusto legali. illa uerba sine actione, ponuntur ad differentiam iurisdictionis realis, quæ operatur mediante actione. illa uerba, imperando, iubendo, uetandoue ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur puniendo, ne delicta impunia remaneant. conuertitur etiam cum suo diffinito, ut cuique paulo eruditiori liquido constare potest, est igitur bona.ut.l.1.§. dolum.ff. de dolo. Sed dicet quispiam, si hæc species mixta constat ex imperio & iurisdictione in specie, quamobrem non dicitur iurisdictio mixta, sicut & imperium mixtum? responde rem denominandam esse à potentiori, non autem à uiliori, sed imperium est nobilius, cum sit liberum, ut aiunt Docto. & huiusmodi iurisdictio realis est quasi serua, seruit enim actioni præpositæ, merito huiusmodi species mixta magis appellanda est, imperium mixtum, quam iurisdictio mixta. Et si cupis scire, quid hæc species, quæ dicitur mixtum imperium, à mero imperio, quidue à iurisdictione reali capiat? ex eius diffinitione facile colligi potest. nam hoc, quod est iurisdictio legalis, capit ab imperio: quod autem operatur in iusto reali, habet à iurisdictione reali. & quod operari potest sine actione Imperando, iubendo. &c. hoc ab imperio mutuatur. & dum dicitur ne una pars sit in damno, altera uero in lucro, hoc a iurisdictione reali accipit.

Habes igitur quare dicatur mixtum, & quid

quid sit, & quid ab utraque specie sibi uendicet.

12 Quærit Bar. † quot sunt gradus huiusmo di mixti imperij? & dicit esse sex. sed profecto primus gradus est illius supremæ potestatis, seu imperij (ut supra dictum est) nõ autem huius mixti imperij, quod inferius appellatur. Gradus autem huius speciei tot esse dicas, quot sunt causæ, & controuersiæ ciuiles, in quibus iudex non præposita actione operatur, ne quis damnum iniuste patiatur.

13 Solet quæri, † an datio tutoris, sit mixti imperij? glos. in.l. muto. §. tutoris datio.ff.de tut. tenet esse mixti Imperij. & illam sequuntur scribentes, quæ opinio mihi minime satisfacit, manifestissime enim aduersatur Vlpiani sententiæ in d.§.tutoris datio. cuius hæc sunt uerba, tutoris datio, nec Imperij, nec iurisdictionis est. si non est Imperij, ergo nec meri, nec mixti, nam quod remouetur à genere, & à qualibet eius specie remouetur. & ibi Imperium capitur uti genus: quando enim aliqua appellatio proferatur sine differentia, uti genus capienda est. uerbi gratia, si dico animal, non addo rationale, uel irrationale, tunc animal capitur uti genus.s.l. legato generaliter.ff. de leg.1. & ibi glos. quamobrem si dico, hoc non est animal, consequẽter dico non esse, nec rationale, nec irrationale animal. Cum igitur Iureconsultus dicat, datio tutoris non est Imperij. & ibi imperium sine dubio uti genus capi oportet, non autem uti species.l. imperium.ff.de iurisd.om.iud.si igitur datio tutoris non est Imperij, ergo, nec meri, nec mixti. quod enim remouetur à genere, à qualibet eius specie remoueri necesse est, ut dictum iam est. Quod autem non sit meri imperij, liquidò constat. merum enim Imperium consistit in animaduersione.d.l.imperiũ. quod autem non sit mixti etiam patet. mixtum enim Imperium in iusto reali seu emendatiuo uersatur, cuius finis est, ne una pars sit in damno, altera in lucro, seu nequis damnum iniuste patiatur, ut supra in eius diffinitione demonstratum est. At datio tutoris, non uersatur in hoc iusto. non enim iudex, dando tutorem ad æqualitatem rem ipsam redigit, id quod iniusto reali, seu emendatiuo efficit, ut supradictum est, cum pupillus non sit in damno, & tutor in lucro, uel contra, sed ob hoc solum datur, ut pupillos defendat.l.1.ff.de tutel. &.§. tutores.Inst.eod. Hac eadem ratione, nec est iurisdictionis realis. hæc enim uersatur in iusto reali, eiusque finis est ne una pars sit in damno, altera uero in lucro, ut diximus.

Et ex his patet dationem tutoris, non cõtineri aliqua iurisdictionis specie, nec competere alicui, eò quod habeat iurisdictionem, cum nulla supradictarum iurisdictionum specie contineatur, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit, ut lex, uel senatusconsul. uel princeps. Sed dicet quispiam, si datio tutoris non est, nec imperij, nec iurisdictionis, quid igitur erit: si est indiuiduum, alicuius speciei est: si species, alicuius generis? dicas tu, esse speciem per se, illius iurisdictionis legalis, quæ capitur uti genus, de qua supradictum iam est. Et dum lex.in.d.§.tutoris datio ait, non esse iurisdictionis: intellige tu, non esse iurisdictionis realis seu emendatiuæ & quia imperium est species iurisdictionis legalis, ut supra demonstratum est, ideo cum ait datio tutoris non est imperij, non uetat quominus species iurisdictionis legalis dici possit. quod enim ab una specie remouetur, ab altera remotum non censetur. si enim dico, hoc non est homo, non sequitur, ergo non est equus. Ita non sequitur, datio tutoris non est Imperij, nec iurisdictionis realis seu emendatiuæ, ergo non est species iurisdictionis legalis. ex separatis enim non fit illatio.l.inter stipulantem.§.sacram.ff.de uerb.oblig.&.l.Papinianus exuli.ff. de mino. Erit igitur species iurisdictionis legalis, per se ab aliis speciebus separata.

Et ut supradictæ iurisdictionis species simul collectæ facilius memoria teneantur, hic summatim seriatimq; scribuntur.

Potestas

Potestas suprema.

Politica | Naturalis

Summa | Inferior | Herilis : Paterna

Legalis | Realis

Legis ferendæ : Iudicis dandi : imperium inferius : Tutores dandi

Modica coertio : Merum : Mixtum.

Vt supradictæ iurisdictionis species cuique pateant, scito quod in unoquoque opere reperitur artifex, & ars per quam ipse artifex operatur, & materia in qua artifex operatur, & instrumentum, quo operatur: nam sine proprio instrumento opus confici minime potest, ut ait philosophus in .1. Polit. debet etiam adesse finis, propter quem artifex operatur, alioquin frustra operaretur, exempli causa, sutor ad hoc ut possit operari, oportet ut artem habeat, quæ est quædam qualitas, per quam ipse sutor operatur debet etiam adesse materia in qua operatur, & sunt pelles requiruntur etiam instrumenta, utputa galla, setæ, forma, & huiusmodi adest etiam finis qui est ipse calceus. Ita & in iudicijs adest iudex, ueluti artifex, cui inest iurisdictio ueluti ars, per quam iudex operatur adest etiam materia, quod est iustum legale, uel reale, in quo iu-
4 dex operatur adest præterea † instrumentũ, quod est ipsius iudicis officium, quo suum opus perficit. Quemadmodum enim artifex sine arte & proprio instrumento nõ potest bene suum opus conficere: ita nec iudex sine iurisdictione, quæ est uti ars, ut dictum est. & sine officio, quod est ueluti instrumentum, opus perficere nequaquam potest licet enim quis sciat iudicare, & dicere ius, tamen si non est in officio, & si sic non habet eiusmodi instrumentum, nec iudicare, nec dicere ius potest. arg. l. si ff. de iurisdic. om. iud. Et ex supra scriptis patet, in quo differat, officium, à iurisdictione, in quo Doctores hæsitant. Tu uero manifestissime uides, iurisdictionem esse ueluti artem per quam iudex operatur: officium uero esse ueluti instrumentum, quo iudex opus suum efficit. & hoc innuit tex. in. l. 1. ff. de offi. asses. ubi Paulus ait. omne officium assessorum, quo iuris studiosi partibus suis funguntur &c. nota illud relatiuum, quo, in septimo casu, in quo solent poni instrumenta, ut scribo penna, incido panem cultro, & sic apparet ibi officium capi, ut instrumentum. Et licet officium capiatur ut instrumentum, ut in supra scriptis, interdum tamen ponitur pro eo quod quis efficere debet uel potest, & hoc modo accipitur in illis titulis de off. præt. de offic. præfect. uigil. de off. proconf. & alijs sequentibus. Quomodo autem differat officium iudicis, ab actione, dixi plene supra in noua declaratione actionum. ibi uideto.

Supradictas autem diffinitiones inuestigaui, propterea quod diffinitiones Bar. minime satisfaciunt ait enim Bar. in. d. l. imperium. merum imperium est iurisdictio, quæ officio iudicis nobili expeditur, publicam utilitatem respiciens. Mixtum imperium est iurisdictio quæ officio nobili expeditur. Deinde ait iurisdictio stricte sumpta est iurisdictio, quæ officio iudicis mercenario expeditur seu explicatur, priuatam utilitatem respiciens. In omnibus istis diffinitionibus Bar. ait iurisdictionem officio iudicis expediri, id quod non dixisset, si huius uerbi expedio, significatum animaduertisset. expedio enim significat. quasi pedum ligamen dissoluo, uel aliquid explico. Ex quo patet iurisdictionem non expediri, quia iurisdictio, neque dissoluitur, neque explicatur si enim dissolueretur, periret: neque explicatur quia nunquam fuit implicita: sed lites, controuersiæ, causæ, negotiaque expediri dicuntur, cum à principio uideantur, quasi tricis quibusdam ligatæ. l. nec quicquam. ff. de offic. proconf. ubi dicitur, nec quicquam est in prouincia, quod non per ipsum expediatur eadem. l. §. de plano. ubi hæc sunt uerba, de plano autem proconsul potest expedire hæc, ut obsequium parentibus, &c. Ex his manifeste constat, iurisdictionem non expediri, siqui dé iurisdictio est potestas per quam lites, causæ, negotiaque expediuntur, ipsa uero non expeditur.

Quidam hoc sentientes loco uerbi expeditur, posuerunt uerbum exercetur. & licet possit dici iurisdictionem exerceri. l. 1. ff. de off. proconf. tamen nec huiusmodi diffinitio satis mihi facit: siquidem diffinitio est oratio quid esse rei demonstrans per essentialia, ut aiũt Dialectici, & Bar. in. l. 1. ff. de testamen. in princ. at instrumentum cuiusque partis non est de essentia, & ideo in diffinitione artis non ponitur instrumentum. ars enim est habitus recta cum ratione faciendi. 5. Ethico. Officium uero ut supradictum est, & infra dicetur, capitur uti iudicis instrumentum, non est igitur ponen-

feste comparauit illam stipulationem iter fi..., quæ erat in priori casu, huic per te non fieri, ut patet ibi, nt in illa stipulatione &c. assentire obsecro Catonis sententiæ, & animaduerte tex. esse mendosum: legendum est enim Paulus respondi, & non Paulus respõdit. ut in.l.tutor.§.lutius.ff.de usu. ubi dicitur Modestinus respondi. & ita idem Paulus in.l.ult. & penul.ff. quæ senten. sine appell. ubi legitur Paulus respondi.

Iul. declarasti Fabi mi, uerba Pauli aliquantulum obscura, sed uelim mihi reddi
7 rationem, † quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum, non sit similis, illi iter fieri? Paul. audi igitur. hoc ideo fit, quod hac stipulatione, & solus tenebitur, qui ratum non habuerit, & solus aget a quo fuerit petitum, idque & Marcello uidetur. Iul. est igitur diuidua? Fab. est profecto, & ideo non est similis illi iter fieri, quæ est indiuidua, in qua uno peccante omnes pro portione hæreditaria tenentur, ut dictum est. Iul. mihi autem minime persuadere minime possum, quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum sit diuidua?

Fab. satis claré dictum est supra, illud esse indiuiduum, uel quod est incorporale, & ideo est in mera forma, ueluti uia, iter, actus, anima, & huiusmodi, uel cui aliqua forma a promissore danda est, utputa insulam ædificari, fossam fodi: item quando res habens formam tradenda seu danda est, utputa, domum tradi, fundumúe finibus suis præscriptum dari, & huiusmodi.d.l. stipulationes non diuiduntur. Dictum est etiam illud esse diuiduum quod non est per se mera forma, nec a promissore ei danda est, nec habet in formam, & ideo est omnino informe, ueluti decem dari, materiam con duci ad rem aliquam faciendam, de quo supra ratio reddita est. & hoc sentit Bartol. in.d.l. si is qui.§. quædam.ff. ad.l. Falcid. in 1. oppos. ubi loquitur de opere formi, & informi. Iul. satis mihi, ut soles fecisti, sed adhuc tantillum dubij restat: dubito
enim an ipse dominus, hoc est Titius, cuius procurator promisit eum ratum habiturum, possit pro parte ratum habere? Paul. minimè. Iul. quo nam igitur modo diuidua dicitur? Fab. non ne mi Iuli, hæc stipulatio, decem dari, est diuidua.l.2.§.1. ff.de uerbo. obliga. & tamen is qui ea promittit, non potest inuito creditore pro parte soluere.l. tutor.§. Lutius.ff. de usu.glo.
8 in.d.§.1.

Iul. & † quæ nam differentiæ est ratio, ut si unus hæres ratum non habuerit, solus tenetur, alter uero non tenetur, qui pro parte ratum habuit, potuit igitur unus hæres pro parte ratum habere: dominus uero pro parte id facere nequaquam potest, hoc mirum est, immutatur enim ex persona hæredum obligationis conditio, id quod fieri minime debet.l.2.§. ex his.ff. de uerbo. obligat. Fab. ratio facile reddi potest: nam quemadmodum si Titius centum promiserit, non potest partem soluere.d.§. Lutius, ita nec eius hæres poterit partem soluere, inuito creditore. Iul. tu tibi ipsi non constas. Fab. audi quæso, mortuo promissore duobus relictis hæredibus, ipso iure illius patrimonium ex lege duodecim tabularum inter hæredes diuiditur, & ut unusquisque hæres suam habet portionem, quæ respectu habentis, non est pars, sed totum quoddam: quemadmodum fundo regionibus in duas partes diuiso, neutra illarum est pars fundi, sed per se fundus.l. si quis duas.§. si quis partem.ff. comm. prædio. ita id quod iure uni ex hæredibus uenit, non est pars sed totum quoddam: ueluti, si Lutius debebat centum, eo mortuo, ea centum ipso iure inter duos hæredes, puta Titium & Sempronium, diuiduntur, ita ut quinquaginta a Titio, totidemque a Sempronio soluenda sint, sed quinquaginta respectu Sempronij non est pars, sed totum quoddam, oportet igitur, ut soluat totum, ut liberetur, nec posset uiginti quinque, & sic partem inuito creditore soluere, quemadmodum nec ipse Lutius poterat.d.§.Lutius.

Vides igitur mi Iuli conditionem obligationis non esse immutatam. nam quemadmodum defunctus debebat totum soluere, & si pro parte soluisset, liberatus certe non fuisset, ita unusquisque hæres debet soluere totum id quod ipse debet, nec liberatur

tur soluendo illius totius partem, non est igitur conditio obligationis immutata. Iul. iam mi Fabi, ex Pauli responsione, & tua interpretatione satis ingeniosa contentus sum, & utraque mirum in modum mihi cor di est, nec existimo potuisse melius & respõderi & interpretari. Fab. gratia dei id factum arbitremur, qui cum sit ipsa ueritas, non sinit ueritatem diu latere.

Superest acurissime auditor, ut inspiciamus an interpretatio Ias. ad illum uers. sed uideamus. sit literæ consentanea? ipse enim iactabundus ait, eum uerum est illius uersi. sensum, quod Iureconsul. dubitat, an idem sit hic, scilicet in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione per te non fieri quo minus &c. dubium erat, inquit ipse, quia utraque stipulatio est negatiue concepta? Paulus ait, non esse idem, scilicet in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri &c. quia prima est diuidua, secunda est indiuidua, & ideo Paulus ex Ias. sententia concludit bene esse idem in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione ratum haberi. Non possum non subridere, uel potius non dolere tantũ uirum audacter asserere huiusmodi esse uerum sensum alijs, qui magis confundunt, quam aperiant intellectum. Videamus doctissime Ias. an id quod ais uerbis accommodari possit. consultor enim in uer. sed uideamus, dubitatiue loquitur, id quod ostẽdit illa dictio, ne sed dicas obsecro, unde dubitandi ratio oriebatur? sine controuersia dicendum est, esse ortam ex comparatione, quam Cato fecerat, seu Paulus ex Catonis uerbis. dixerat enim Cato, in stipulatione iter fieri, uno ex hæredibus contra faciente ab omnibus pœnam pro portione hæreditaria committi: in stipulatione uero amplius non agi, eum hæredem, qui aduersus promissa fecerit, pro portione sua solum pœnam committere. in uers. differentiæ, ponit rationem, inquiens, quia in priori casu, hoc est in stipulatione iter fieri, ille enim prior casu existit, omnes commisisse uidentur. rursus reddit rationem inquiens, quia nisi insolidum peccari non poterat. deinde in uersiculo, ut in illa, comparat stipulationem illam, iter fieri, stipulationi per te non fieri quominus &c. cõparatio autem in hoc uersatur, quod sicut in illa iter fieri, non potest nisi insolidum peccari, ita & in hac per te non fieri quominus. Hac Catonis comparatione audita. consultor dubitabundus ait, uideamus an, non idem sit, hic. ille articulus hic, non demonstrat stipulationem amplius non agi, ut tu Iason existimas, de ea enim mentio à Catone facta non fuerat, sed sine controuersia ostendit eam stipulationem per te non fieri, quominus &c. huic enim à Catone comparata fuerat illa stipulatio per te non fieri, hanc ob causam consultor dubitans arbitratur stipulationem illam iter fieri, non esse similem huic, per te non fieri, quominus &c. quemadmodum Cato asserebat. Et ideo dixit, uideamus ne non sit idem, hic, idest in stipulatione per te non fieri, quod est in illa, iter fieri: negat igitur consultor esse idem. deinde quasi affirmatiue putat, magis idem esse, id quod est in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est arbitratur consultor illam stipulationem iter fieri, magis esse similem huic, Titium ratum habiturum, quam illi per te non fieri, quominus &c. ut Cato dicebat. poterat enim cõsultor moueri, quòd illa iter fieri, est affirmatiua, hæc autem per te non fieri, uidetur negatiua, quamobrem non uidetur recta comparatio sed magis, illa iter fieri, uidetur comparanda secundum consultorem, huic scilicet Titium ratum habiturum, est enim & hæc affirmatiua. sed decipiebatur profecto consultor, si quidem stipulatio per te non fieri quominus &c. æquipollet affirmatiuæ, ut supra ex Dialecticorum regula demonstratum est. Hanc ob causam Paul. Iureconsul. respondens cõsultori, dicit, non idem esse, supple tu, in stipulatione, Titium ratum habiturum, quod est in illa iter fieri. Et non interpretandum est, ut tu Iaso. interpretaris, qui illis uerbis Pauli, uidelicet non esse idem, addis scilicet, in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri. Hæc autem interpretatio, quam sit à uero aliena ostendunt uerba Pauli, quę sequuntur, quibus reddit rationem, quamobrem non sit idem inquiens

quiens

quiens. nam hac ſtipulatione, ſcilicet ratũ haberi, ſolus tenebitur, qui ratum non habuerit, & ſolus aget a quo fuerit petitum. at in ſtipulatione iter fieri, ſi unus peccat, ab omnibus pœna committitur, bene igitur ait Paulus, non eſſe idem. ſequitur itaque ex uerbis Pauli, recte a Catone fuiſſe comparatam illam ſtipulationem, iter fieri, huic per te non fieri quo minus &c. illa enim eſt affirmatiua, & hæc per æquipollens eſt affirmatiua, ut dictum eſt in declar. 73. Item in illa eſt promiſſa ſeruitus itineris, itidem & in iſta. Item in illa, non poteſt niſi inſolidum peccari, eodem modo & in iſta. Similiter in illa, uno contrafaciente, ab omnibus pœna pro portione hæreditaria peti poteſt: itidem & in iſta uno impediente, ab omnibus pœna committitur, cum non poſſit niſi inſolidum peccari, recta eſt igitur comparatio, quam Paulus accurate paucis uerbis cõfirmat. Et ex his arbitror ſenſum, quem Iaſ. putat uerum, eſſe longe a uero alienum perbelle igitur ait philoſophus. 1. Ethic. uero omnia conſonant, a falſo cito diſcrepat uerum. Ex ſupradictis ingenioſe auditor habes nouam indiuiduorum declarationẽ, quæ ſi ſatis tibi fecerit, non mihi, ſed Deo a quo omnis prouenit ueritas, acceptam referto, & una mecum illi gratias agito.

LXXVI. DECLARATIO
§. ſi parens. l. 1. ff. ſi a parente quis manumiſſus fuerit.

QVæſitum fuit a me, quam ob cauſam pater qui pecuniam à filio accepit, ut eum emanciparet, à bonorũ poſſeſſione contra tabulas excludatur? Reſpondi, ideo fieri, quia ratio, quamobrem æquiſſimus prætor patri, qui a filio emancipato præteritus erat, conceſſerat, ut ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitteretur, accepta pecunia omnino ceſſat.

Ratio autem erat, quod filius à parente emancipatus, gratuitum bonorum ſibi quærendorum beneficium accepit. ſi enim filius familias eſſet, quodcunque ſibi acquireret, eius emolumentum patri ſine dubio acquireret. §. igitur. Inſti. per quas perſ. nob. acq. l. 1. ff. ſi quis à paren. fue. manu. in princip. emancipatus uero, non patri, ſed ſibi acquirit. Hanc igitur ob cauſam, in recompenſationem talis beneficij, prætor parenti qui filium emancipauit, meritò conceſſit, ut ſi ab eo prætereatur habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas. d. l. in princip. & hoc prætori æquiſſimum uiſum eſt. ſi igitur pater ob emancipationem pecuniam à filio accepit, certè beneficium à patre acceptum iã remuneratum eſt, nec poteſt dici gratuitum beneficium à patre in filium collatum, non eſt enim beneficium, niſi gratis conferatur: idcirco ſi filius, qui data pecunia emancipatus eſt, patrem prætereat, appellari ingratus minime poteſt, quamobrem ceſſat illa Prætoris æquitas. non eſt enim æquum, ut pater & pecuniam accipiat, & ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittatur. ſi igitur pecunia accepta, æquitas illa ceſſat, ſequitur ut deſinat eſſe iuſtum. nil aliud eſt iuſtum, quam quoddam æquum, ſeu alteri adæquatum, pro ſeruitio enim, ſeu re aliqua accepta, æqua ſecundum proportionem retributio facienda eſt, alioqui eſſet quid iniuſtum. hæc colliges ex Ariſt. 5. Eth. Aequiſſimum itaque Prætori uiſum fuit, ut emancipationis beneficium à patre in filium collatum, altero rependerent beneficio, hoc eſt ut ipſe pater à filio emancipato ſaltem in legitima inſtitueretur, id quod ſi non fiat prætor ipſum patrem ad bonorum poſſeſſionẽ cõtra tabulas admittit. hoc ipſum eſt, quod prætor in. d. l. 1. in princ. appellat æquiſſimum. Quando igitur pater à filio pecuniã accipit, ut eum emancipet, iam emancipationis beneficium accepta pecunia remuneratum eſt, ſunt igitur pares. At ſi pater & pecuniam & bonorum poſſeſſionem contra tabulas, niſi inſtitueretur, haberet, hoc neq; æquum neque iuſtum dici poſſet. nam ex parte patris emancipatio dumtaxat, ex parte uero filij, & pecuniæ datio, & inſtitutio exiſteret, uel bon. poſſeſſ. contra tabul. id quod minime eſſet iuſtum, eſſet enim plus ex una parte, quam ex altera, & per conſequens non eſſet æquum, ut in 5. Ethi. Hanc ob cauſam tex. in. d. §. ſi parens ait. ſi pater pecuniam accipit, ut filium emancipet, & uelit ad

lit ad bonorum possessionem contra tabulas uenire, exceptione doli repellitur. ratio. est, quia emācipationis beneficium ipsa pecunia compensatum censetur: tanti enim ui detur à patre æstimatū esse damnum, quod ex ipsa emancipatione consequitur, quanti est illa pecunia, quam a filio ob emancipationem accepit. cessat itaque prætoris ratio in d.l.1. ergo & eius dispositio cessare de bet.l.adigere.§.quamuis.ff. de iur. patro.

Et ex his perspicuum est patrem in.d.§.si parens, non eo amittere bonorum possessionem contra tabulas, quod fecerit pactum de non succedendo, cum quo esset admixtū delictum: ut tenet Bar.in.l.fi.C.de pact in 2.col.uersi.secundo quæro. non enim accipere pecuniam a filio emancipando est delictum.l.utrum.ff.de uerb.obl.& est communis Doctorum opinio. sed eo amittit quod pecunia a filio accepta iam remuneratum est emancipationis beneficium, & sic cessat æquitas, qua motus erat prætor ad dandam bonorum possessionem contra tabulas, ut ex supradictis satis patere potest.

Finis libri Quinti.

æquum inter lucrum & damnum. quando igitur una pars est in lucro, altera in dãno, tunc est iniustum: quando uero neutra pars est in lucro, neutraque in damno, sed quisque ius suum habet, tunc dicitur esse iustum exempli causa, si uendo tibi æquum centum aureis, & trado, si tu non das mihi pretium tu es in lucro, & ego in damno: quamobrem eo ad iudicem, iudex autem dicens sententiam cogit te ad dandum mihi pretium, & ita rem ad æqualitatem reducit, emendatque iniustum, & ita dicitur quisque ius suum habere, hoc est iustum suum, & iudex ita loquendo dicit ius seu iustum, & hoc iustum dicitur reale seu emendatiuũ, quia est quoddam æquum, re ipsa inter plus & minus, & lucrum & damnum. Si igitur reperitur iustum reale seu emendatiuum, cõsequens est, ut reperiatur etiam iurisdictio realis seu emendatiua, quasi locutio iusti realis. hæc ex 5. Ethic. facile colliges.

Est & aliud ius seu iustum, quod legale nominatur, nam quemadmodum is qui exorbitat a lege, eamque transgreditur, dicitur iniustus, ita & exorbitatio ipsaque transgressio dicitur iniustum quoddam. is uero qui obtemperat legi, & ea quæ sunt a lege diffinita facit, dicitur iustus, & obtemperare legi, ipsumque facere legitime dicitur iustum: ea enim quæ a facultate ferendarum legum sunt diffinita & constituta, legitima sunt, & horum unumquodque iustum appellatur. quamobrem cum iudex dicit, diffinita a lege esse seruanda, dicit iustum quoddam legale, & hinc dicitur iurisdictio legalis, quasi locutio iusti legalis.

Est itaque duplex iurisdictio, una realis, altera legalis. hæc etiam colligi possunt ex 5. Ethi. Est præterea sciendum hanc appellationem † potestatem, duci ab hoc uerbo
4 possum, potes. eamque esse duplicem, unam naturalem, alteram uero politicam seu ciuilem. Naturalis potestas ea est, quam quis habet a natura, utputa habet quis potestatem a natura ambulandi, loquendi, aliaque eiusmodi faciendi. Item pater quãdam naturalem potestatem in liberos obtinet, de qua dictum est supra in declaratione patriæ potestatis. Item dominus natura habet quandam potestatem in seruos, quæ appellatur herilis, & mas natura ipsa habet quãdã potestatem in fœminam, & alia eiusmodi ut
5 in. 1. Polit. altera est † potestas politica seu ciuilis cuius duæ sunt species quædam. n. est summa seu suprema: quædam inferior. Potestas summa politica ea est, qua nulla est superior: & hæc omnẽ politicam potestatem, omne politicum imperium, omnemque iurisdictionem continet, continet inquã potẽtia, potestque in actum deducere. Continet præterea legũ ferẽdarũ facultatem, iudicis dandi licẽtiam, magistratusque creandi. l. fi. C. de legi. in fi. l. 2. de origin. iur. continet item facultatem, omnia alia faciendi, quæ ad rempublicã seruãdã necessaria utiliaque sunt, ut puta præstare beneficium, impetrandi ueniam ætatis. C. de his qui ueni. æta. impet. præstare authoritatem arrogationi. l. 2. ff. de arrog. præstare authoritatem legitimationi. Aut. quib. mod. nat. effi. sui §. illud & §. penult. & alia huiusmodi. & hæc potestas est pœnes id quod habet ciuitatis gubernationem seu regimen. Si igitur unus ciuitatem gubernat ad utilitatem cõmunem respiciens, is est Rex, seu Imperator, apud hunc erit illa summa omnium potestas, & dicetur regia seu Imperialis potestas. hæc autem potestas in initio Romæ ciuitatis fuit apud reges, Romulus enim Numa Pompilius, Tullius Hostilius & alij fuerunt, qui ad publicam utilitatem gubernabant. Quando uero unus ad propriam utilitatem gubernat, dicitur Tyrannus: & si pœnes hunc est illa summa potestas, appellabitur tyrannica. Si uero plures boni, non tamen tota multitudo, ad communem utilitatem gubernant, si pœnes hos est ea potestas, dicitur gubernatio seu potestas optimatum. at si ad propriam utilitatem hi gubernant, illa potestas, paucorum potentia merito nuncupatur Tales fuerunt illi decem uiri in urbe Roma, qui exactis regibus aliquandiu ad publicam utilitatem gubernarunt: tales etiam fuerunt Consules & Senatores.

Cum uero multitudo ad communem regit utilitatem, ea gubernatio communi nomine uocatur res publica, illaque potestas appellatur publica, & tunc multitudo est domina omnium hæc supra scripta ex. 3. Polit. colliguntur. Est itaque ut dictum est,

summa quædam politica potestas, qua is pœnes quem ea est, omnia potest ad rem publicam necessaria, atque utilia afficere. Hæc autem potestas dicitur præses & archi tectonica: is autē pœnes quem ea est, architectonicus præses dicitur. hic enim non agit sed regulas hoc est leges dat, quomodo re-
6 genda tractandaque sit respublica? qui † ue ro agunt administratores rectoresque ciuitatum appellantur. sunt enim quasi manua les artifices, qui architectonico illi inseruiunt. hæc ex Aristo. in 5. Ethic. & ibi not.

Illa inferior politica potestas, ab illa summa descendens, quæ & iurisdictio dici potest, est uti genus, quę ita diffiniri potest.

Iurisdictio, est publica potestas, per quam, quis operatur in iusto dicendo, ut ci uitas bene, quieteque uiuat, bene etenim quieteque uiuere, est finis omnium iurisdictionum, ut in. 3. pol. &. l. congruit. ff. de of fi. præsid.

7 Huius autem duæ sunt species: unà realis, altera legalis. Realis † iurisdictio est, per quā quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo, de quo supra dictum est hæc enim curam habet, ne una pars sit in damno, altera in lucro, uel ne quis iniuste damnum passurus sit. iudex enim pœnes quem est eiusmodi realis iurisdictio, uidens unam partem esse in lucro, alteram in damno, dicendo ius, hoc est loquendo inter partes id quod iustum est, rem ad æqualitatem redigit, facitque, ut quisque ius suum, hoc est iustum suum, habeat 5. Ethic. Hæc itaque iurisdictio in omnibus actibus locum habet, in quibus una pars est, uel potest esse in damno, ut puta in omnibus contractibus nominatis, innominatisque, & in ultimis uoluntatibus, atque in maleficio, uel quasi, quando actione agi tur, ut in iniuria, cum agitur ciuiliter. §. in summa. Institu. de iniur. & in furto etiam uersatur, ubi iudex dicendo iustum, condemnat te ad rem mea mihi restituendam. Nam si tu furaris rem meam, ego sum in dā no, tu quidem in lucro, & si occidis aliquod pecus meum, uel aliquas arbores meas incidis, ego sum in damno, & tu aliquo modo diceris esse in lucro, ut not. in. 5. Ethic. quamobrem, iudex dicendo ius reducit rem ad æqualitatem, hoc est, condemnat te ad illarum rerum æstimationem mihi dādam tot. titu. ff. ad. l. aquil. & sic in cæteris male ficijs, uel quasi quando ciuiliter agitur, & dicitur iurisdictio mera, hoc est non admixta, est enim species per se: & quia, rem ad æqualitatem redigit, ideo dicta est iurisdictio realis seu emendatiua, quæ ita diffiniri potest. Iurisdictio realis, seu emendatiua, est publica potestas, per quam quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo, præposita actione, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniustè patiatur. hanc diffinitionem bonam esse arbitror, constat enim ex genere, ex differentijs, & cum suo conuertitur diffini-
8 to. Hæc † autem iurisdictio realis fuit ex iure gentium, antequam esset ius ciuile, nam sicut iure gentium erant obligationes & actiones, ut supra demonstratum est in declaratione actionum, deinde à iure ciuili comprobatæ, appellantur ciuiles, ut in. §. omnium. Insti. de obliga. ita & hæc iurisgentium iurisdictio à iure ciuili approbata, dicitur etiam ciuilis.

9 Illa species, quæ dicitur † iurisdictio legalis, uersatur in iusto legali, de quo supra dictum est, & habet locum ubicunque lex aliquid fieri iubet, uel non fieri uetat, & iudex dicit illud fieri, uel non fieri, & quia illud quod lex fieri, uel non fieri iubet, est iustum, ut in. 5. Eth. merito id quod à iudice in illis casibus terminatur iustū legale dici potest si igitur iudex in his, iustum legale dicit consequens est, ut iurisdictio reperiatur, etiam legalis, lex enim de omnibus dictat, nam legumlatoris uoluntas est efficere bonos ciues, etiam metu pœnæ, ut in. 1. Ethico. &. l. 1. ff. de iusti. & iur. & profectò in omni uita legibus est opus. multitudo enim potius pœnæ, quam rationi, & honestati paret, ut in. 10. Ethico. præcipit enim lex ea agere, quæ ad uirum fortem pertinent, ut puta non deserere locum, non fugere, & si id fiat pœnam imponit, ut in titu. de re. mili. ff. præcipit etiam ea, quæ sunt temperantis, ueluti non committere adulterium, incestum, stuprum, & eiusmodi, & si id fiat iubet facientem pœna affici. ut in tit. ad. l. iul. ff.

iul.ff.de adul.&.C. præcipit item hominem gladio, uel ueneno iniuste non occidi, id quod si fiat, pœnam in facientem irrogat, tot. tit.ad.l.cor. de sic. & uenef.C.&.ff. uetat etiam non committi falsum, & si cõmittatur, pœnam in committentem punit. de qua.ff. ad.l. cornel. de fal. & in cæteris itidem facit, alia iubens, alia uetans. & omnia quæ lex iuber, aut uetar, dicuntur iusta.

Omnia igitur quæ sunt a lege diffinita, legitima, & iusta sunt, & iudex qui punit facientes ea, quæ lex fieri uerat, & non faciẽtes quæ fieri iubet, dicendo id faciendum esse, dicit ius seu iustum legale, & consequenter ipsum dicere, ius legale, appellatur iurisdictio legalis.

Summarium

1 *Iurisdictionis legalis quatuor sunt species.*
2 *Potestas condendi leges est species iurisdictionis per se non meri imperij gradus.*
3 *Item licentia iudicis dandi. Et imperium inferius. nu. 4.*
5 *Imperij inferioris tres sunt species.*
Modica coertio, quid sit.
6 *Modica coertionis differentia cum mero & mixto imperio.*
7 *Imperium merũ, unde dicatur: et eius diffinitio.*
8 *Et quot sunt eius gradus.*
9 *Delicta cur puniantur.*
10 *Imperium mixtum cur dicatur. Et eius diffinitio. nu. 11. Et quot sunt eius gradus nu. 12.*
13 *An datio tutoris sit mixti Imperij, & quod non sed species per se iurisd. legalis.*
14 *Officium iudicis in exercenda iurisdictione, est uti instrumentum. & nu. 16.*
15 *Nec nobile, aut mercenarium dicitur.*
17 *Officium iudicis, cur latissimum. Et cur non longissimum. nu. 18.*
Dictionis, &, natura.

LXXVIII. DECLARATIO specierum iurisdictionis legalis.

1 HAec species quæ dicitur † iurisdictio legalis, diuiditur in quatuor species. Prima dicitur facultas legisferendæ. Secunda licentia iudicis dandi. Tertia imperium inferius. Quarta est potestas dandi tutores, quæ ei soli competit, cui nominatim uel lex, uel senatusconsultum, uel princeps concessit l. muto.§.tutoris datio.ff. de tutel. Hæ autem quatuor species ab illa summa potestate, de qua dictum est, descendunt. nam licet is pœnes quem est illa summa potestas per se principaliter possit facere leges, seu constitutiones, puta populus, seu princeps.§. lex & in.§. sed & quod principi. Insti. de iur. na. gen. & ciui. potest tomen id alteri impartiri, & efficietur una species iurisdictionis legalis, quæ potest dici potestas legis dicendæ, hoc est legis constituendæ: nam lex rectè posita legitima est, & quod in ea continetur, iustum dicitur.5.Ethi. qui ergo dicit hoc est constituit legem, dicit iustum legale & illa potestas quæ potest legem dicere, iurisdictio, hoc est legalis, iusti locutio, appellatur. Hæc autem potestas legis faciendæ, concessa est a summa illa potestate senatui, ut.l. non ambigitur.ff. de legi. concessa etiam est præfecto prætorio, ut.l.
2 formam.C.de offi. præf. præto.& † est una species iurisdictionis per se: non enim est gradus imperij meri, ut tenent Bar.in.l.imperium.ff.de iurisdict. omn.iud. & quia specialiter tributa est a lege, non potest delegari. Item licet dare iudices, creare magistratus, tabellionesque, proprium sit illius summæ potestatis, tamen ab illa conceditur etiam inferiori, nam & alij possunt dare iudicem.l. cum prætor.ff. de iudi. &.l. more maiorem.ff. de iurisdictioni. om.iud.
3 Est igitur † licentia iudicis dandi, species iurisdictionis legalis per se, quæ diffiniri ita potest. licentiam iudicis dandi, est potestas seu iurisdictio legalis a superiori potestate concessa ad iudicem dandum, concessa inquam expresse, hoc est lege, uel tacite, hoc est consuetudine, ut d.l. cum præ-
4 tor. Imperium † inferius, quæ tertia species legalis iurisdictionis nominatur, uti genus subalternum ita diffinri potest. imperium inferius est iurisdictio legalis per quam iudex imperando, uel iubendo, uel uetando sine actione operatur.
5 Hoc autem † imperium subdiuiditur. nã quoddam est merum: quoddam mixtum: & quoddam iurisdictioni reali seu emenda-

6 conf. Et hæc † modica coertio seu castigastio differt ab illa castigatione, quæ principis constitutione defensoribus ciuitatum cōcessa est.§.audient. Aut.de defens.ciuit.il la enim fit ad pœnam & maleficij uindictā, nec mandari potest,cum fit principis constitutione specialiter ipsis defensoribus tributa,nec mādata iurisdictione transit.l.si quid ff.de offic. proconf.estq; species meri imperij: hæc autem hoc est modica coertio fit ad emendationem, & est species imperij per se, & differt a mero, quod uersatur in animaduersione ad uindictam maleficij, hoc autem in emendatione non obtemperantium locum habet. Differt præterea à mixto imperio, quia mixtum exercetur ne quis damnum iniustum patiatur: modica uero coertio ad emendationem ut dictum est, tribuitur. Et nota quod modica illa coertio de qua in. d.§. audient, non competit iure magistratus, sed principis constitutione,& & ideo mandari non potest, per regulam primam. d.l. 1. Docto. tenent contrarium & male.

7 IMperium † merum uti species ita appellatur, eo quod ei nulla alia iurisdictionis species sit admixta hæc enim appellatio, merus, mera, merum, idem est quod solus, sola, solum: unde merula auis dicta est, & merum appellatur uinum, cui aqua non est admixta: & dicitur merum ad differentiam mixti,cui realis iurisdictio inest.d.l.imperium. & inferius dicetur,ut a superiori differat. Huiusmodi autem imperiū ita diffiniri potest. Merum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto legali, puniendo facinorosos, delinquentesque homines, ne delicta remaneant impunita. Hæc diffinitio est bona. constat enim ex genere & differentijs, & conuertitur cum suo diffinito. Iurisdictio enim ponitur loco generis. Illa dictio legalis, ponitur ad differentiam iurisdictionis realis seu emendatiuæ. Illa uerba per quam iudex operatur in iusto legali puniendo, ponuntur ad differentiam meri imperij Tyrannici, quo solent insolentes puniri. Illa uerba ne delicta remaneant impunita, ponuntur ad differentiam imperij coercitiui, quod punit inobedientes,non autem facinorosos, de quo supra scriptum est: Cō uertitur etiam cum suo diffinito, ut liquido constare potest. ergo bona,ut.l.1.§.dolum ff.de dolo. Sed si quispiam diceret hanc diffinitionem non esse bonam, eo quòd nō competit omnibus diffiniti partibus: nam condere leges, est meri imperij, ut tenet Bart.in.l. imperium.in 8.col.in primo gradu meri imperij. ff. Huic obiectioni occurrens, dicito condere leges,non esse eius modi imperij inferioris, sed spectat ad illam summā potestatem seu summum illud imperium, de quo supra scriptum est.d.§. lex.&.d.§. sed quod principi. Inst. de iur. nat.gen.& ciuil. & si quando huiusmodi legum ferendarum facultas ab illa suprema potestate inferioribus conceditur, efficitur species per se, & est species iurisdictionis, de qua supra dictum est. Non est igitur uerum, facultatem legis ferendæ esse meri imperij gradum, sed est species iurisdictionis legalis per se.

8 Solet quæri, quot † sunt gradus eiusmo di meri imperij? Bar. in.d.l.imperium, dicit esse sex gradus. sed aduertendum est, quod primus gradus, hoc est condere legē, non est meri imperij inferioris, ut dictum est. unde dicas, tot esse huius imperij gradus, quot sunt pœnarum species,cum merum imperium in puniendis facinorosis hominibus uersetur. Quot autem sint pœnarum species, cum uacabit numerato:& quot illæ erunt, tot gradus huius imperij esse dicito. Si quæratur quamobrem huiusmodi pœnæ irrogantur delinquentibus? responderi solet, quia interest reipublicæ, ne delicta remaneant impunita.l. si ita uulneratus.ff. ad.l. Aquil. Rursus si quæratur
9 † quamobrem interest reipublicæ? respondeas, præmittendo, Ciuitatem esse ciuium multitudinem quandam: respublica uero est eorū, qui in ciuitate degunt. institutio. Et quemadmodū homo componitur ex pluribus partibus,utputa ex pedibus,manibus, oculisq; &c. ita ciuitas ueluti unus homo ex pluribus ciuibus componitur,& est quasi unus homo qui multos habeat pedes, multas manus multos oculos, multasque alias partes, ut dicit philosoph.in 3. Polit. Et quem-

quemadmodum qui ostendit manum Petri, facit iniuriam Petro, ostendit enim partẽ ipsius Petri: ita qui ostendit unum ciuem facit iniuriam ciuitati, ostendit enim partem ciuitatis, cum ciuis pars est ciuitatis, ut in 3. Polit. unusquisque enim ciuis, particula est ipsius ciuitatis. 8. Polit. Cum igitur ciuitas sit offensa, merito iubet offendentem puniri. hæc ex 5. Ethic. Hæc est igitur ratio, quamobrem interest reipublicæ, ne delicta remaneant impunita.

10 Restat ut uideamus de mixto imperio, & primum † quæritur quamobrem dicatur mixtum? Dicas mixtum imperium appellari, eo quod ei iurisdictio inest.d.l imperium. sed dices, nonne & mero imperio inest iurisdictio? inest profecto Rursus dices quamobrem merum imperium non appellatur mixtum, cũ ei etiam iurisdictio insit? responde tu, quod mero imperio inest iurisdictio, uti genus, genus enim cuilibet speciei inest.l.si quid earum.§.inter emptum.ff.de leg.3. & quando genus inest alicui rei, res illa non dicitur mixta: non enim homo, cui inest animal uti genus, dicitur mixtus, sed quando unum quid ex duabus speciebus efficitur, illud appellatur mixtum, ueluti si uinum & mel misceantur fit noua species quod dicitur mulsum, & hæc species mixta uocatur.§.quod si partim.Inst.de rer.diuis. item ex actione personali & reali fit actio mixta.Insti.de action.§.quædam. Cum igitur hæc species mixti imperii sit composita ex duabus speciebus, uidelicet ex illa specie, quæ dicitur merum imperium, & ex illa, quæ dicitur iurisdictio realis, de qua supra scriptum est, merito imperium mixtum nuncupatur.

11 Si quæratur,† quid est mixtum imperiũ? responde, Mixtum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto reali sine actione, imperando, iubendo, uetandoue, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur. Dixi imperando, ut.l.1.in prin. ibi restituas ff.quod ui aut clam.& in.l.1. ibi, exhibeas. ff.de lib. ho.exhiben.itidem in.l.1.in princ. de lib.exhib. Dixi iubendo, ut.l. cauere iubere.ff.de iurisdic. om. iud.l.&.dies.§.prætor ait.ibi, denunciari iubeam.ff. de dam.infec.&.l.prætor ait, ibi, satisdare iubeo.ff.eo. &.l.1.ff.de cloa.ibi, cauere iubebo. Dixi uetando, ut.l.1.in prin. ibi. uim fieri ueto.ff. de aqua quotid. & æsti. &.l.1. in prin.ff. de riu.ibi uim fieri ueto itidem in.l.1. in prin. ibi uim fieri ueto.ff.de itiner. actuque priu. & in l.1. in prin.ff. ne quid in flum. pub. & multis alijs legibus & interdictis. Huiusmodi autẽ diffinitio (ut arbitror) cuique bona uideri potest. constat enim ex genere & differentijs illa enim uerba iurisdictio legalis, ponuntur uti genus. illa uerba per quam iudex operatur in iusto reali, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur in iusto legali. illa uerba sine actione, ponuntur ad differentiam iurisdictionis realis, quæ operatur mediante actione. illa uerba, imperando, iubendo, uetandoue ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur puniendo, ne delicta impunia remaneant. conuertitur etiam cum suo diffinito, ut cuique paulo eruditiori liquido constare potest, est igitur bona.ut.l.1.§. dolum.ff. de dolo. Sed dicet quispiam, si hæc species mixta constat ex imperio & iurisdictione in specie, quamobrem non dicitur iurisdictio mixta, sicut & imperium mixtum? responde rem denominandam esse à potentiori, non autem à uiliori, sed imperium est nobilius, cum sit liberum, ut aiunt Docto. & huiusmodi iurisdictio realis est quasi serua, seruit enim actioni præpositæ, merito huiusmodi species mixta magis appellanda est, imperium mixtum, quam iurisdictio mixta. Et si cupis scire, quid hæc species, quæ dicitur mixtum imperium, à mero imperio, quidue à iurisdictione reali capiat? ex eius diffinitione facile colligi potest. nam hoc, quod est iurisdictio legalis, capit ab imperio: quod autem operatur in iusto reali, habet à iurisdictione reali. & quod operari potest sine actione Imperando, iubendo. &c. hoc ab imperio mutuatur. & dum dicitur ne una pars sit in damno, altera uero in lucro, hoc a iurisdictione reali accipit.

Habes igitur quare dicatur mixtum, & quid

quid sit, & quid ab utraque specie sibi uendicet.

12 Quærit Bar. † quot sunt gradus huiusmo di mixti imperij? & dicit esse sex. sed profecto primus gradus est illius supremæ potestatis, seu imperij (ut supra dictum est) nō autem huius mixti imperij, quod inferius appellatur. Gradus autem huius speciei tot esse dicas, quot sunt causæ, & controuersiæ ciuiles, in quibus iudex non præposita actione operatur, ne quis damnum iniuste patiatur.

13 SOlet quæri, † an datio tutoris, sit mixti imperij? glos. in.l. muto. §. tutoris datio.ff.de tut. tenet esse mixti Imperij. & illam sequuntur scribentes, quæ opinio mihi minime satisfacit, manifestissime enim aduersatur Vlpiani sententiæ in d.§.tutoris datio. cuius hæc sunt uerba, tutoris datio, nec Imperij, nec iurisdictionis est. si non est Imperij, ergo nec meri, nec mixti, nam quod remouetur à genere, & à qualibet eius specie remouetur. & ibi Imperium capitur uti genus: quando enim aliqua appellatio proferatur sine differentia, uti genus capienda est. uerbi gratia, si dico animal, non addo rationale, uel irrationale, tunc animal capitur uti genus.l. legato, generaliter.ff. de leg.1. & ibi glos. quamobrem si dico, hoc non est animal, consequēter dico non esse, nec rationale, nec irrationale animal. Cum igitur Iureconsultus dicat, datio tutoris non est Imperij. & ibi imperium sine dubio uti genus capi oportet, non autem uti species.l.imperium.ff.de iurisd.om.iud.si igitur datio tutoris non est Imperij, ergo, nec meri, nec mixti. quod enim remouetur à genere, à qualibet eius specie remoueri necesse est, ut dictum iam est. Quod autem non sit meri imperij, liquidò constat. merum enim Imperium consistit in animaduersione.d.l.imperiū. quod autem non sit mixti etiam patet. mixtum enim Imperium in iusto reali seu emendatiuo uersatur, cuius finis est, ne una pars sit in damno, altera in lucró, seu nequis damnum iniuste patiatur, ut supra in eius diffinitione demonstratum est. At datio tutoris, non uersatur in hoc iusto. non enim iudex, dando tutorem ad æqualitatem rem ipsam redigit, id quod iniusto reali, seu emendatiuo efficit, ut supradictum est, cum pupillus non sit in damno, & tutor in lucro, uel contra, sed ob hoc solum datur, ut pupillos defendat.l.1.ff.de tutel. &.§. tutores.Inst.eod. Hac eadem ratione, nec est iurisdictionis realis. hæc enim uersatur in iusto reali, eiusque finis est ne una pars sit in damno, altera uero in lucro, ut diximus.

Et ex his patet dationem tutoris, non cō tineri aliqua iurisdictionis specie, nec com petere alicui, eò quod habeat iurisdictionem, cum nulla supradictarum iurisdictionum specie contineatur, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit, ut lex, uel senatusconsul. uel princeps. Sed dicet quispiam, si datio tutoris non est, nec imperij, nec iurisdictionis, quid igitur erit: si est indiuiduum, alicuius speciei est: si species, alicuius generis? dicas tu, esse speciem per se, illius iurisdictionis legalis, quæ capitur uti genus, de qua supradictum iam est. Et dum tex.in.d.§.tutoris datio ait, non esse iurisdictionis: intellige tu, non esse iurisdictionis realis seu emendatiuæ & quia imperium est species iurisdictionis legalis, ut supra demonstratum est, ideo cum ait datio tutoris non est imperij, non uetat quominus species iurisdictionis legalis dici possit. quod enim ab una specie remouetur, ab altera remotum non censetur. si enim dico, hoc non est homo, non sequitur, ergo non est equus. Ita non sequitur, datio tutoris non est Imperij, nec iurisdictionis realis seu emendatiuæ, ergo non est species iurisdictionis legalis. ex separatis enim non fit illatio.l.inter stipulantem.§.sacram.ff.de uerb.oblig.&.l.Papinianus exuli.ff. de mino. Erit igitur species iurisdictionis legalis, per se ab aliis speciebus separata.

Et ut supradictæ iurisdictionis species simul collectæ facilius memoria teneantur, hic summatim seriatimq; scribuntur.

Potestas

Vt supradictæ iurisdictionis species cuique pateant, scito quod in unoquoque opere reperitur artifex, & ars per quam ipse artifex operatur, & materia in qua artifex operatur, & instrumentum, quo operatur: nam sine proprio instrumento opus confici minime potest, ut ait philosophus in. 1. Polit. debet etiam adesse finis, propter quem artifex operatur, alioquin frustra operaretur, exempli causa, sutor ad hoc ut possit operari, oportet ut artem habeat, quæ est quædam qualitas, per quam ipse sutor operatur debet etiam adesse materia in qua operatur, & sunt pelles requiruntur etiam instrumenta, utputa galla, setæ, forma, & huiusmodi adest etiam finis qui est ipse calceus. Ita & in iudicijs adest iudex, ueluti artifex, cui inest iurisdictio ueluti ars, per quam iudex operatur adest etiam materia, quod est iustum legale, uel reale, in quo iu
4 dex operatur adest præterea † instrumentū, quod est ipsius iudicis officium, quo suum opus perficit. Quemadmodum enim artifex sine arte & proprio instrumento nō potest bene suum opus conficere: ita nec iudex sine iurisdictione, quæ est uti ars, ut dictum est. & sine officio, quod est ueluti instrumentum, opus perficere nequaquam potest licet enim quis sciat iudicare, & dicere ius, tamen si non est in officio, & si sic non habet eiusmodi instrumentum, nec iudicare, nec dicere ius potest. arg. l. fi ff. de iurisdic. om. iud. Et ex supra scriptis patet, in quo differat, officium, à iurisdictione, in quo Doctores hæsitant. Tu uero manifestissime uides, iurisdictionem esse ueluti artem per quam iudex operatur: officium uero esse ueluti instrumentum, quo iudex opus suum efficit. & hoc innuit tex. in. l. 1. ff. de offi. asses. ubi Paulus ait. omne officium assessorum, quo iuris studiosi partibus suis funguntur &c. nota illud relatiuum, quo, in se primo casu, in quo solent poni instrumenta, ut scribo penna, incido panem cultro, & sic apparet ibi officium capi, ut instrumentum. Et licet officium capiatur ut instrumentum, ut in supra scriptis, interdum tamen ponitur pro eo quod quis efficere debet uel potest, & hoc modo accipitur in illis titulis de off. præt. de offic. præfect. uigil. de off. proconf. & alijs sequentibus. Quomodo autem differat officium iudicis, ab actione, dixi plene supra in noua declaratione actionum. ibi uideto.

Supradictas autem diffinitiones inuestigaui, propterea quod diffinitiones Bar. minime satisfaciunt ait enim Bar. in. d. l. imperium. merum imperium est iurisdictio, quæ officio iudicis nobili expeditur, publicam utilitatem respiciens. Mixtum imperium est iurisdictio quæ officio nobili expeditur. Deinde ait iurisdictio stricte sumpta est iurisdictio, quæ officio iudicis mercenario expeditur seu explicatur, priuatam utilitatem respiciens. In omnibus istis diffinitionibus Bar. ait iurisdictionem officio iudicis expediri, id quod non dixisset, si huius uerbi expedio, significatum animaduertisset. expedio enim significat. quasi pedum ligamen dissoluo, uel aliquid explico. Ex quo patet iurisdictionem non pxpediri, quia iurisdictio, neque dissoluitur, neque explicatur si enim dissolueretur, periret: neque explicatur quia nunquam fuit implicita: sed lites, controuersiæ, causæ, negotiaque expediri dicuntur, cum à principio uideantur, quasi tricis quibusdam ligatæ. l. nec quicquam. ff. de offic. proconf. ubi dicitur, nec quicquam est in prouincia, quod non per ipsum expediatur eadem. l. §. de plano. ubi hæc sunt uerba, de plano autem proconsul potest expedire hæc, ut obsequium parentibus, &c. Ex his manifeste constat, iurisdictionem non expediri, siquidé iurisdictio est potestas per quam lites, causæ, negotiaque expediuntur, ipsa uero non expeditur.

Quidam hoc sentientes loco uerbi expeditur, posuerunt uerbum exercetur. & licet possit dici iurisdictionem exerceri. l. 1. ff. de off. proconf. tamen nec huiusmodi diffinitio satis mihi facit: siquidem diffinitio est oratio quid esse rei demonstrans per essentialia, ut aiūt Dialectici, & Bar. in. l. 1. ff. de testamen. in princ. at instrumentum cuiusque partis non est de essentia, & ideo in diffinitione artis non ponitur instrumentum. ars enim est habitus recta cum ratione faciendi. 5. Ethico. Officium uero ut supradictum est, & infra dicetur, capitur uti iudicis instrumenuum, non est igitur ponendum in

dum in diffinitione cum non sit de essentia diffiniti. Praeterea negotia proprie dicuntur expediri.l.nec quicquam.§.ubi decretū. ff.de off. procons. & diffinitio debet suum ex proprijs uerbis, hanc igitur ob causam non libenter Bar. aliorumq; diffinitionibus assentior: tamen si nostrae non placent, Bartoli diffinitiones defendito.

Et dum Bar. dicit, iurisdictionem officio expediri, ostendit officium poni loco instrumenti, cum in septimo casu à Bar. proferatur, & si hoc sentit, ei libentissime assentior: nam & ego teneo officium in iurisdictionibus capi pro instrumento. sed in hoc

15 dissentio à Bar. ipse enim ponit duplex † officium, nobile & mercenarium: ego autem id dicere non ausim. Quo nam igitur modo officium, seu instrumentum potest nobile appellari? nobilitas enim est uirtus, & antiquae diuitiae, item nobilitas est uirtus generis. ut Arist.o.4. Pol. Nec officium seu instrumentum mercenarium dici potest mercenarius enim est, qui mercedis gratia operam praestat: sed nec officium, nec instrumentum praestat operam mercedis gratia, sed ipse artifex. At iudex non mercedis sed iusti gratia operatur, non potest igitur nec iudex, nec officium ut est instrumentum, dici mercenarium. Et licet dicatur uenenum nigrum, eò quod facit homines nigros, & res laeta, quia homines laetos facit non tamen ob hoc officium potest nobile uocari eo quod faciet homines nobiles, non enim officium praestat nobilitatem, potest enim ignobilis aliquo fungi officio. & licet aliquod officium possit dici mercenarium, ut puta officium sutoris, eo quod facit sutorem mercenarium, tamen officium iudicis, non facit iudicem appellari mercenarium.

Et si diceres, non ne iudices suum recipiunt salarium.l.diem functo.ff. de offic. asses? recipiunt profectò, sed si hanc ob causam appellas officium mercenarium, omne quidem officium posset mercenarium dici, potest enim, & ei qui merum habet imperium praestari salarium, & sic eius officium dicetur mercenarium. nullum itaque officiū esset nobile, hanc igitur ob causam in meis diffinitionibus non posui officium, quia ut dixi, capitur ut instrumentum: at instrumenta non solent in diffinitionibus poni, posset tamen improprie dici officium uile, officium nobile: quemadmodum artes dicuntur uiles, quae à uilibus, & nobiles, quae à nobilibus exercentur. sed officium, tunc non caperetur pro instrumento, sed pro eo quòd quis efficere debet, hoc est pro exercitio. In hoc, non est insistendum, capias tuo arbitratu, hoc unum confirmo, instrumentum non esse in diffinitione ponendum.

16 Quod autem † officium in materia nostra, etiam pro instrumento capi possit, liquidò demonstratur. certum est argumentum a simili, ualere.l.si C. de colla. & Bal. in.l.1.C.de fur.& in.l. de quibus.ff. de legi. & ita a simili argumentatur. Paulus in.l.necessario.ff.de pericu. & com. rei ucnd. cum ait, sicuti stipulatio sub conditione, si defecerit conditio nulla est, ita & emptio & uenditio sub conditione contracta, si defecerit conditio nulla est. Dicatur igitur, nulla facultas, seu ars, sine proprio instrumento exerceri potest, sed iurisdictio est facultas quaedam, seu ars: igitur sine proprio instrumento exerceri non potest. Quod autem ars non possit sine instrumento exerceri, patet inductiue: nam facultas legendi non potest sine libris, qui sunt ei, ut instrumenta exerceri. item facultas rei militaris sine armis uti instrumentis exerceri nequit, item nec faber ferrarius, nec sutor sine proprijs instrumentis operari possunt, & sic in alijs. in unaquaque enim arte seu facultate necessarium est, propria subesse instrumenta, si opus confici debeat. Arist.1.Polit. sed iurisdictio est facultas, & ueluti ars quaedā, arg.l.1.ff.de iust. & iur. necessario igitur ut exerceri possit, proprium debet instrumentum habere. Quid igitur erit instrumentum iudex non: est enim causa efficiens. Iurisdictio minime, est enim facultas seu potestas per quam iudex operatur, sicuti artifex per artem. Nec ipsum iustum est instrumentum, est enim materia in qua iudex operatur, ut dictum est. Causa item finalis, quae est, ne delicta remaneant impunita, & ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur, instrumentum dici minime potest. haec enim sunt id, cuius gratia iudex agit, relinquitur ut

tur ut instrumentum sit officium, quo iudex in omni iurisdictione operatur. Officium potest itaque accipi pro eo quod quis facere debet, & ita capitur in titulo de offic. cons. de offic. præfec. præt. ff. & in sequentibus titulis. usque ad titulum de iurisdict. omn. iud. potest etiam capi pro instrumento, quo iudex operatur, ut supra demonstratum est.

17 ET quando capitur pro instrumento † dicitur latissimum, eo quod eius usus ad plura accõmodatur. nam quẽadmodum culter ille Delphicus, cuius meminit Arist. 1. Pol. ad plura ministeria accõmodabatur, principaliter tamen erat confectus ad incidendum ea, quæ erant esui apta, uerbi causa, panem, carnem, & huiusmodi: erat enim aptus ad limandum, ad colligendas herbas aetatijs idoneas, illo etiam utebatur lanius ad occidendum pecus, quamobrem eius usus erat latissimus: Ita officiũ iudicis ut instrumentum dicitur latissimum l. 1. ff. de iurisdic. omn. iud. eo quod omnes iudices illo utuntur, ut opus suæ iurisdictionis perficiant, sed præcipue is qui merum habet imperium, qui principem in iure dicendo locum obtinet. Deinde is qui mixtũ habet imperium eodem utitur officio uti instrumento, etiam suæ iurisdictioni apto. postremo illo etiam utitur, is qui iurisdictionem realem habet, ad ea quæ sine hoc instrumento expediri non possunt.

18 Solet quæri † quare in. l. 1. ff. de iurisdict. omn. iud. officium iudicis dicatur latissimum, & non longissimum? Omissis quæ ab alijs dicuntur, dicas quod potest esse, quid longum & non latum, puta linea, sed non potest aliquid esse latum, quin etiam sit lõgum, lata enim dicitur superficies, quæ & longa & lata est. Hæc igitur appellatio latissimum includit etiam longum. sed hoc nihil ad rem, siquidem officium, nec latũ, nec longum proprie dici potest, cum sit incorporeum, sed metaphorice quando capitur uti instrumentum dicitur latissimum, eo quod eius usus ad plura accommodatur, sicut culter ille delphicus posset dici latissimus, quia eius usus in pluribus uersabatur, ut dictum est. Sed negabit quispiam huiusmodi officium ad plura accommodari, sed solũ ad ea quæ sunt mixti imperij, nam in. d. l. 1. solum exempla mixti imperij ponuntur? Placet mihi Bar. responsio. ait enim illa dictio, & quæ ponitur in textu, implicari omnia, quæ possent hoc instrumento per iudicem expediri. Huic solutioni occurrit Ias. inquiens, eam sibi non placere, eo quod illa dictio, & implicaret casum magis dubitabilem, & est perinde ac si Iureconsultus diceret, non solum iudex potest damnare ad mortem, sed etiam potest dare bonorum possessionem, & tamen implicatiua, &, debet implicare casum minus dubitabilem. allegat glos. in. l. illud. ff. ad. l. aquil.

Minus attentè hoc dixit Ias. illa enim dictio &, in casu nostro natura sua implicat casum minus dubitabilem. ostendo hoc a simili, quod fieri potest. l. fi. C. de colla. & . l. necessario. ff. de pericul. & com. rei uend. nam ille culter delphicus de quo dictum iam est, primum factus est ad incidendum ea quæ sunt esui apta, deinde ob commoditatem ad limandum, quamobrem si diceretur ille culter delphicus etiam ad limandum factus est, includeret casum minus dubitabilem, minus enim dubitatur an culter sit factus ad incidendum panem, quam ad limandum. Ita iudicis officium uti instrumentum, primum conceditur ei, qui habet merum imperium, uti nobiliori, & principem locum inter iurisdictiones obtinenti: interest enim rei publicæ, ut huiusmodi iudex utatur hoc instrumento, ad perficiendum opus suum, hoc est ut delicta puniantur, quibus res publica affecta est in iuria, ut 5. Ethi. & supra edmonstratum est.

Deinde conceditur etiam hoc instrumentum habenti mixtum imperium, & realem iurisdictionem, ut æqualitas & consequenter societas in ciuitate conseruetur, ne quis scilicet damnum patiatur, id quod si nõ fieret, non societas sed seruitus esse uideretur. ut 5. Ethic. Et hoc bonum est singulorum ciuium, illud enim punire delicta, est omnium, & sic magis commune, igitur est præferendum. Auten. res quæ. C. communia de leg. & Arist. 1. Eth. Quamobrem minus dubitandum est, huiusmodi officium esse inuentum expediendi causa ea quæ

sunt meri imperij, quam ea quæ sunt mixti ac realis iurisdictionis, & sic illa dictio, & casum minus dubitabilem secundum suam naturam includit.

Summarium

1 *Conventiones iuris gentium, non lege, senatusconf. uel principum constitutione, inuenti fuerunt.*
2 *Leges, & responsa prudentum, quæ dicantur.*
3 *Iure magistratus competere, quid & nu. 6.*
4 *Lex in comitijs fiebat & comitia, quæ.*
5 *Ius, est ordinatio ciuitatis.*
7 *Verbum specialiter, in l. 1. ff. de offic. eius, declaratur.*
Exempla eorum, quæ mandari non possunt. Etiam quod sint mixti imperij. nu. 9.
8 *Damna legis Aquiliæ mandari possunt.*
10 *L. mandata. ff. de offic. eius declaratur, Consilium, quid.*
11 *Datio tutoris non competit iure magistratus, & cur non potest mandari.*

LXXIX. DECLARATIO
quæ causæ mãdari possint.

Solet quæri, quæ nam causæ mandari possunt? Papinianus in l. 1. de off. eius. facit duas regulas, Prima est, ea quæ specialiter lege uel senatusconsulto, uel constitutione principum tribuuntur, mandari non possunt. Doctores tamen dicũt. duo copulatiue requiri, ad hoc ut causa mandari non possit. primum quod causæ tribuantur maioribus magistratibus. secundum quod specialiter & in priuilegium, ita quod minimis magistratibus denegantur.

Pudet me hæc legere, reprehendunt enim Iureconsultum, tanquam imperfecte loquentem, quod dici fas non est, cum Iureconsulti fuerint eruditissimi, & circumspecti, eorumque sententiæ nihil addi, nec minui possit, quin eorum elegantia, & sensus destruatur: tenenda est igitur Iureconsulti regula prout scripta est, cui bene intellectæ nihil addi necesse est, ut infra manifestissime apparebit. Secunda regula est hæc, quæ iure magistratus competunt mandari possunt. competere autem iure magistratus dici possunt, quæ nec lege, nec Senatusconsulto, nec principum constitutione competunt.

Pro clara harum regularum declaratione, scire oportet, † omnes contractus, omnesque conuentiones siue nominatas siue
1 innominatas, quæ sponte cõtrahuntur, nec lege, nec senatusconsulto, nec principum constitutione esse inuentas, sed gentes seu ciues inuenerunt, quocirca dicuntur iure gentium seu ciuili constitutæ. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. &. §. quod uero, &. §. nam quod. Inst. de iur. na. gent. & ciuil. & de huiusmodi conuentionibus, nulla lex condita est, sed bene iureconsulti prudentes super his interpretationes fecerunt, ut patet in proprijs harum conuentionum titulis, & ideo responsa prudentum appellata sunt. §. responsa prudentum. Inst. Et si quispiam obijceret, imo mille leges de huiusmodi conuentionibus loquuntur, tot. tit. de contrahen. empt. loca. & conduct. mand. præscrip. uer. & similibus? Dicas illas† non esse
2 leges, sed responsa seu prudentum interpretationes, raræ enim sunt leges in iure. nam illæ dicendæ sunt leges, quarum titulus ita sonat, ad. l. Iul. de adul. ad. l. Iul. maiest. ad l. Iul. de ui publ. ad. l. Corn. de sica. ad. l. Corn. de fal. ad. l. Aquiliam, & alia eiusmodi. Et aduerte ne decipiaris non enim responsa legumlatorum sub illis tit. contenta sunt leges, sed legum interpretationes, nã Iureconsulti interpretantur eiusmodi leges quod Caius in. l. 2. de orig. iur. testatur inquiens, facturum legum uetustarum interpretationes. & hoc ostendit illa præpositio ad, nihil enim est aliud ad. l. iul. quam super. l. iul. ad enim præpositio, inter alia significat super, quasi uelit dicere, interpretationes super. l. Iul. super. l. Cor. &c. Leges enim erant breues, paucis prægnantibusque uerbis constitutæ: quamobrem uerba interdũ erant ambigua, & ideo uarij iuris prudentes super unoquoque uerbo interpretationes fecerunt interpretabantur etiam Senatusconsulta, unde Vlpianus in. l. 1. ff. ad senatusconsul. Trebell. ait, transeamus nunc ad interpretationes Trebelliani quicquid igitur sub illo titulo continetur, non leges, sed prudentum responsa appellanda sunt. d. §. responsa prudentum. Inst. ut supra sed iuris periti nostri temporis, unumquodque iurisconsul-

risconsultorum responsum legem appellāt, id quod Laurent. Valla in lib.4.cap.239.ir ridet inquiens, quid dicam de iuris peritis hoc præsertim tempore, qui quoties Pauli, Vlpiani, aliorumque testimonium assumunt, legem nominant, cum longe sit aliud legem esse, & habere uim legis: quodq; deformius est, unam legem in plures leges partiuntur. uerbi causa ad.l.Iul. de adul. quotiens Scæuola, quotiens Vlpianus, Papinianus, aliusue quis loquitur, etiam si bina uerba, & quidem à superioribus dependentia, toties nouam legem appellant, non ab aliquo legislatore unam legem, sed ab infinitis interpretibus legum, infinitas leges esse iudicantes, etiam titulus de uerb. sign. non legem imo leges appellant. hæc ille.

Cum igitur omnia iure gentium constituta, non tribuantur magistratui aliqua speciali lege, sed † iure magistratus competāt: hoc est eo ipso, quod quis accipit magistratum omnium causarum, quæ iure actionum expediuntur, iurisdictionem habet, quæ ut supra dictum est, iurisdictio realis, seu emendatiua appellatur. si igitur iure magistratus competunt, alij mandari possunt, & hæc est una regula, quem ponit Papinianus in.d.l.1. dum ait, quæ uero iure magistratus competunt mandari possunt: ratio, quia nulla lege specialiter tribuuntur. ut patet in omnibus conuentionibus, quæ iure gentium & iure ciuili, sine tamen lege introductæ sunt, ut.d.l. ex hoc iure, &.l.iurisgentium.ff.de iust. & iur. Lex † enim in comitiis fiebat, ut alibi diximus. sed nunquam super his conuentionibus fuerunt facta comitia. tunc enim fiebant comitia, quando alicuius rei faciendæ totus populus in unum conueniebat: dicta a coeundo illæ enim coitiones populi ad creandos magistratus, ad legesq; ferendas dicebantur comitia, nunquam enim uniuersus populus ad ferendas leges super conuentionibus, & contractibus conuenit, sed illis ciuitas utendo approbauit.

Et licet sint aliqui contractus iure ciuili introducti, ueluti stipulatio.d.l.ex hoc iure non tamen pro inuenienda stipulatione fuerunt habita comitia, & cōsequenter nec de stipulatione lata lex est. nec sequitur, est de iureciuili, ergo de ea specialiter lata lex est fuit enim à prudentibus inuenta: nā & responsa prudentum dicuntur ius ciuile. §.constat.Inst. de iur. nat. gen.& ciuil. nō tamen fuerunt a lege introducta. Item legata & fideicommissa particularia iure magistratus competunt, eo quod iure actionis petuntur, & de eis nulla specialiter facta est lex. Omnia igitur, quæ nec lege, nec senatusconsulto, nec Principum constitutione specialiter itroducta fuut, mandari possunt, competunt enim iure magistratus. Et ut intelligas, quid sonent hæc uerba, iure magistratus, scito hanc appellationem, † ius, nil aliud esse, quam ciuitatis ordinationem, dico ius ciuile, ut ait philosophus in.1.Polit.ca.1.cuius hæc sunt uerba, iustitia, ciuile quoddam est: nam ius, ordinatio est ciuilis societatis. item omnis genitiuus capi potest actiue & passiue: ut uulnus Vlyssis, quod Vlysses alicui intulit, & sic actiue, uel quod Vlysses accepit, & sic passiue. Cū igitur dicitur iure magistratus, interpretare tu ordinatione magistratus non quod magistratus ordinauit, & sic actiue: sed quod magistratus ordinatus est, & sic passiue. ea igitur † quæ competunt alicui, cum primū creatur magistratus sine speciali lege, dicuntur iure magistratus competere, sed ea quæ sunt sub iurisdictione reali, seu emendatiua, ut conuentiones, contractusq; omnes, competunt cuique absque eo quod specialiter a lege tribuantur: competunt inquam cum primum creatus est magistratus, & ideo delegari possunt. Dicuntur etiam competere iure magistratus nonnulla, quæ sunt mixti imperij, eo quod nec lege specialiter, nec senatus consulto, nec principum constitutione tribuuntur, sed uel Prætorum edictis, uel fortasse plebiscito, uel prudentum responsis constituta sunt. hæc autem specie à lege, a senatusconsulto, & principum constitutione differunt. §.scriptum, Inst. de iur. nat. gen.& ciuil. quæ igitur ex his, quæ sunt mixti imperij, iure magistratus competunt mandari possunt. quæ uero lege uel principum constitutione tribuuntur minime, ut late inferius apparebit. Non igitur recte sentiunt, qui aiunt, ea quæ sunt mixti imperij mandari possint: ut inferius manifestissime

ſtiſſime declarabitur.

ALtera eſt regula eiuſmodi, quæcun que ſpecialiter lege, uel ſenatuſcon ſulto, uel principum conſtitutione tribuuntur, mandari alteri non poſſunt. Gloſ. in uer. ſpecialiter exponit, ſpecialiter, id eſt expreſſe, item in priuilegiũ, quia de maioribus, & ambo ſunt neceſſaria, & al terum non ſufficit. hæc mihi non placent.
7 Tu ergo dicas ea, † de quibus ſpecialiter, id eſt per ſe, in indiuiduo facta eſt lex, uel ſe natuſconſultum, uel principum conſtitutio, mandari non poſſunt: exempli cauſa, de adult. lex ſpecialiter lata eſt a diuo Auguſto, ut in tot. tit. & l. 1. ff. de adult. ergo ea quæ ſub illa lege tribuuntur, mandari non poſſunt. Item de crimine maieſtatis, lex iulia ſpecialiter lata eſt, ut in tit. ad. l. Iul. maieſt. ergo eius iuriſdictio mandari non poteſt. Item ui publica, lex ſpecialiter a Iulio lata eſt, ut in tit. & l. 1. ff. ad. l. Iul. de ui publi. ergo eius cognitio alteri mandari non poteſt. Item de ſicarijs & ueneficis, lex ſpecialiter lata eſt a Cornelio, ut in tit. & l. 1. ad l. Corn. de ſica. ergo eius cognitio alteri mandari minime poteſt. Item de parricidijs lex ſpecialiter lata eſt a Cornelio & Pompeio, ut in tit. & l. 1. ad. l. Pomp. de parricid. ergo eius cognitio alteri mandari nequaquam poteſt. Item de falſis, lex ſpecialiter lata eſt a Cornelio & ſenatus conſulto Liboniano, ut in tit. & l. 1. ff. ad l. Corn. de fal. ergo eius cognitio alteri mandari nequit. Item de repetundis lex ſpecialiter lata eſt a Iulio, ut in tit. & l. 1. ad l. Iul. repet. ergo eius iuriſdictio ſeu cognitio alteri mandari nequit. Item de annona, lex ſpecialiter lata eſt a Iulio, ut in tit. & l. 1. ff. ad l. Iul. de anno. ergo eius cognitio alteri mandari non poteſt. Item de ſacrilegiis & reſiduis, lex ſpecialiter lata eſt a Iulio, ut in tit. & l. 1. ff. ad l. Iul pecul. ergo eius cognitio alteri mandari poſſe negatur. Item de plagiariis, lex ſpecialiter lata eſt a Flauio, ut in tit. & l. 1. ff. ad l. Flau. de plag. ergo eius iuriſdictio ſeu cognitio mandari poſſe non conceditur. Item
8 † de damnis iniuria datis, licet lex ſpecialiter, tamen non propria lex, ſed plebiſcitum appellatur, ut in tit. & l. 1. ff. ad l. aquil. quam obrem non ſunt ſub hac regula, ſed ſub iuriſdictione reali ſeu emendatiua.

Item Diui Seueri conſtitutione, præfecto urbi ſpecialiter cauetur, ut quicquid in tra Vrbem admittatur, ſeu intra centeſimũ miliarium admiſſum ſit, ad præfectum Vrbis pertineat. ergo huiuſmodi cognitio alteri mandari non poteſt. Item eadem epiſtola ſpecialiter ſcriptum eſt, ſi quis ſeruũ adulterium commiſiſſe dicat, apud præfectum Vrbis erit audiendus. ergo eius cognitio alteri mandari nequit. Item eadem epiſtola ſpecialiter in hæc uerba cauetur, ſed ex interdictis quod ui aut clam, aut interdicto unde ui, audire præfectus urbi poteſt: ergo notio huiuſmodi alteri mandari minime poteſt. Item ſpecialiter a Diuo Seuero præfecto urbi datum eſt, ne mancipia proſtituantur. item ut corrigat, & fuſtibus caſtiget libertos, patronos ſuos contémnentes, interdum & metalli pœnam in eos ſtatuat. ergo eius cognitio mandari nõ poteſt. hæc ex. l. 1. ff. de offic. præfect. urb.

Item de raptu uirginum lata eſt ſpeciali ter principis conſtitutio. ut in titulo. & l. unica. C. de rapt. uirg. & in. §. homicidia. Aút. de mand. princip. ergo eius notio alteri mãdari non poteſt. Item Diui Auguſti conſtitutione ſpecialiter tributum eſt præfecto uigilum, ut de incendiarijs, effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus cognoſcat, ut in tit. & l. 3. ff. de offic. præfec. uigil. ergo eius cognitio mandari nequaquã poteſt. Item ab Imper. Vero & Antonino conceſſum eſt, præfecto uigilum, ut inſularios, & eos qui neglĩgẽter ignem apud ſe habuerint, fuſtibus & flagellis cedi iubere poſſit. ergo eius notio alteri mandari nõ poteſt. hæc ex l. ult. & penult. de offic. præfect. uigil. ff. Nota quod cauſæ criminales poſſunt à proconſule mandari, ita ut eius legatus audiat, ſed ſi ſententia ferenda eſt, ad proconſulem remittere debet. l. 1. C. de offic. proconſ. & . l. ſolent. ff. eod.

Item principum conſtitutione ſpecialiter conſtitutum eſt, ut curet is qui prouinciæ præeſt, malis hominibus purgare prouinciam, nec diſtinguitur unde ſint. l. 3. ff. de offi. præſid. ergo eius notio mandari non poteſt. & nota ibi unde ſint, poſſe latine dici, unde

ci,unde es tu: quod multi negant, & aiunt bene dici, cuias es tu.

9 Item constitutio diui Marci, specialiter lata est, ne † aliter alimentorum quæ te stamento, uel codicillis fuerunt relicta, transactio rata esset, quæ authore prætore facta. ff. de transact. l. cum hi in princ. ergo mandari non potest, per regulam primam d. l. 1. ratio quod principis cõstitutione hoc traditum est. quod autem non posit mandari, probatur. d. l. cum hi. § sed nec. Item authoritas interponendi decretum in rebus pupilli distrahendis, & arbitrium quærendi, an expediat pupillo distrahere, datum est prætori, & præsidibus, a senatusconsulto (Tertillo & Clemente consulibus) specialiter de hoc facto, ut in tit. & l. 1. & l. magis puto. §. non passim, uers. & ideo arbitriũ huius rei senatus dedit. ff. de reb. eor. ergo huiusmodi cognitio & authoritas alteri mandari non potest. l. mandata. ff. de offic.
10 eius. † Quæ ut intelligatur, necesse est scire, quid uelint illa uerba, mandata iurisdictione. is, cui mandata est, non potest consilium exercere: illud uerbum consilium, a glos. non est bene intellectum. ait enim consilium, id est authoritatem manumittendi, præstari, alleg. l. 2. in fi. ff. de offic. proconsul. ubi nihil de consilio dicitur. Tu uero dicas, consilium, & consultationem idem esse, est enim consilium aliquid faciendi, uel non faciendi ratio excogitata: & descendit a consilio, as, a quo frequentatium consulto consultas, ducitur. hinc consultatio, nam quando quis de aliqua re agenda uult diliberare, prius consultat, hoc est quærit, nam qui consultat quærere uidetur, ut ait philosophus in. 3. Ethic. quærit igitur quo nam modo res sit facienda, & an id fieri expediat, & postquam bene consultauit, deliberat, eligit, facitque, unde dici solet, qui bene consultat, bene deliberat, de consultatione uide in. 3. Ethic. Quando igitur tutores uolunt rem pupilli distrahere, prætor seu præses debet quærere, expediat pupillo id fieri, nec ne, & alia multa, de quo in. §. non passim in. l. magis puto ff. de rebus eor. & cum bene consultauerit, hoc est bene quæsierit, si inuenerit rem illam distrahi pupillo expedire, hoc fieri eligit, deinde deliberat, interponitq; decretum. Illa igitur inquisitio, quæ fit à prætore in rebus pupilli distrahendis, dicitur consilium, quod & consultatio appellatur, ut in 3. Ethico. ubi dicitur, qui consiliatur quærere uidetur: Consilium autem omne, est quæstio. hæc sunt uerba antiquæ translationis. In translatione uero Argilopoli dicitur, qui consultat, quærere uidetur, & omnis consultatio est perquisitio. & quia prætor debet multa quærere, in dicta alienatione. d. §. non passim. ideo illa inquisitio dicitur consilium, ut liquido patet in 3. Ethic. & de hoc consilio loquitur Vlpianus in. d. l. mandata. Et quia huiusmodi consilium, tributum est Prætori, & præsidi a senatusconsulto, ut supra dictum est, ideo mandari non potest.

Quod autem de huiusmodi consilio, hoc est de consultatione loquatur, non autem de authoritate manumittendi, ut tenet ibi glos. & Bar. ostendunt illa uerba inferiora, uidelicet, & si tutores, uel curatores, uelint prædia uendere. &c. ratio quamobrem huiusmodi consilium non possit mandari, est, quod specialiter hoc a senatusconsulto prætori tributum. d. §. non passim. ergo delegari non potest.

Item specialiter lata est lex Attilia. quæ tribuit Prætori Vrbano, ut posit dare tutorem.

Item lex Iulia specialiter, tribuit Præsidibus prouinciarum, ut tutorem pupillis dare posint, ut Inst. de Attil. tut. in princ. ergo datio tutoris non potest delegari. l. nec mandante. ff. de tuto. & cura. nec competit iure magistratus, sed de hoc longa est controuersia apud doctores: un-
11 de? audacter dicas † dationem tutoris nec olim competijsse, nec hodie iure magistratus competere, cum sit a lege hoc specialiter traditum, per reg. 1. in. l. 1. ff. de offic. eius. Sed huic uidetur obstare. §. sed hoc iure. Inst. de Attil. tutor. ubi Præses potest iubere dari tutorem a magistratu, si non sunt magnæ pupilli facultates. l. Lutius. §. testamento. ff. de administr. tuto. ibi præsidis præcepto a magistratibus datur tuto-

tur tutor. ergo datio tutoris potest mandari, cum competat iure magistratus, per reg. a.d.l.1.glos.ibi soluit, sed mihi minime satisfacit. Tu uero dicas dationem tutoris il li competere, cui nominatim uel lex, uel princeps dedit.l.muto.§.tutoris datio. ff.de tutel.sed lex uel fit expresso populi consensu.§.lex.Inst.de iur.nat.gen. & ciuil. uel tacito, quæ lex tacita, seu consuetudo dicitur: & inueterata pro lege custoditur.l. de quibus.ff.de legi.nihil enim interest, suffragio populus uoluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis, ut ibidem dicitur.sed post illam legem nec mandante.ff de tuto. & cura.tacito populi consensu, & sic tacita lege concessum est magistratibus, ut iussu seu precepto præsidum, possent dari tutores, si non sunt magnæ pupilli facultates.d.§. sed hoc iure. Quod autem tacita lege hoc concessum sit, ostendunt illa uerba, sed hoc iure utimur. usus enim populi est consuetudo, & sic tacita lex, quod patet in.l.si de interpretatione.ff.de legi. ibi quo iure ciuitas retro usa fuit. & loquitur de consuetudine ut ibi apparet in fi. & consuetudo est lex quædam l.1.C.de emancip.& ibi glo. Non est ergo mirum, si magistratus tutorem dare potest, cum ei tacita populi lege sit concessum. & datio tutoris ei competit, cui nominatim lex tribuit. d.§. tutoris datio. lex inquam uel expressa, uel tacita. magistratus itaque hanc facultatem dandi tutores non habent a præside, sed a lege saltem tacita, sibi tributam, hoc pacto ut sine præsidis præcepto ea uti non possit. aliud est enim habere potestatem, aliud præcipere seu iubere, ut is qui potestatem habet, ea utatur: quemadmodum aliud est commodare equum Titio, ut in eo equitare possit, aliud iubere, ut Titius in equo suo equitet. non habet igitur magistratus huiusmodi facultatem à præside, sed iure suo, a tacita lege, ut dictum est, sibi concessam exercet, quamobrem magistratus illam alteri mãdare non potest. per reg.1.d.l.1. Deinde ex constitutione principis datio tutoris cæpit competere defensoribus ciuitatum si facultates pupilli usq; ad quingentos solidos ualeant.§. non autem. inst.de Attil.tuto. qua constitutione defensores ciuitatum nulla præsidum iussione expectata possunt dare tutores, seruata tamen forma de qua in.d.§. Hoc modo intelligitur etiam l.ius dandi.ff.de tut.& cur.ubi ius dandi tutores datum est magistratibus municipalibus, dummodo illum dent, qui ab eodem municipio est. & dicit ibi Iureconsultus eoque iure utimur. & sic consuetudine, hoc est tacita lege, illud ius datum est magistratibus municipalibus, ut paulo ante declaratum est. Sed caueto ne decipiaris, nã licet magistratus municipales, & defensores ciuitatum, tutorem dare possint. non ob id eam possunt alteri mãdare, ut.d.l.nec mandante. non enim competit iure magistratus, ut dictum est: nec præses, nec defensores, nec magistratus municipales possunt dationem tutoris in alium transferre, cum eis specialiter lege seu principis constitutione ius dandi tutorem sit tributum, ut ex supradictis patet, & ea quæ lege tribuuntur mandari non possunt.l.1.ff. de offic. eius in prima regula, nec iure magistratus competunt. Item legato proconsulis. lege tributum est, ut tutores dare possit.l penult.ff. de offic. proconf.& ibi glos. hoc tenet inquiens, non facit hoc ex delegatione proconsulis, nam proconsul hoc mandare nõ potest.l.nec mandante.ff. de tuto. & curat. dand.ab his. Ex supradictis concludo dationem tutoris, nec hodie competere, cuinis iure magistratus, etiamsi facultates pupilli quingentos aureos non excedant, sed principis constitutione eiusmodi potestas ciuitatum defensoribus tributa est, hac lege, ut Antistes una cum eis interueniat, quo tutius pupillus prouideatur: quemadmodũ tutoribus permissa est, rei immobilis uenditio: interueniente tamen iudicis decreto, ære alieno urgente.l.magis puto.§.non passim.ff.de reb.eor.Si igitur Antistes seu alia persona publica, de qua in.d.sed nos non interuenerit, ipsa tutoris datio nulla erit.arg. §.æs alienum in.d.l.magis puto.

Summarium

1 *Missio in bonorum possessionem, an possit mandari, & quod sic indistincte.*

§.ut possessio bonorum.l. cognitio.ff.de offi. eius declaratur.

2 *Quædam mixti imperij mandari possunt. Et compe-*

competunt iure magistratus nu. 3.
4 *§.ubi decretum.l.nec quicquam ff.de offic. proconsu. declaratur.*
Libellus, quid.

LXXX. DECLARATIO itidem, quæ causæ possint mandari.

1 SOlet quæri, an † missio in bonorum possessionem, possit mandari? Doctores fere in l.iubere cauere.ff. de iurisdi. omn.iud.& in.l.cognitio.§.ut possessio bonorum. ff. de offic. eius. dicunt ipsum cognoscere, ipsumque pronunciare, an quis sit in possessionem mittendus, nec ne, posse delegari.d.§. ut possessio bonorum. ipsum uero mittere seu committere Notario, & familiæ ut mittat minime, propterea quod est mixti imperii.d.l.cauere iubere. nec competit magistratibus municipalibus.l.ea quæ.ff.ad municip. Aiunt præterea.d.§.ut possessio bonorum. habere locũ in his duntaxat possessionibus, quæ ius non tribuunt. & super hoc uidebis in dictis locis multum controuersiæ intra doctores orri. Tu uero, ut res sine controuersia procedat dicito, ipsum cognoscere, ipsumque pronunciare, item hoc ipsum mittere seu committere Notario & familiæ, ut mittat quẽ in possessionẽ, posse mandari, siue possessio tribuat ius, siue non. Et hoc manifestissime apparet in.d.§.ut possessio bonorũ. ubi, Macer Iureconsultus ait, ut bonorũ possessio detur, mandari potest. nota illud uerbũ, detur. denotar.n ut re ipsa detur licet gl. exponat ibi, idest pronuncietur danda, quæ expositio quam sit consentanea, tu ipse iudicato. subdit deinde, uel is cui legatum est, legatorum seruandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest. illud uerbum mittatur, demonstrat missionem re ipsa faciendam, sed glos. ibi exponit, pronunciet mittendum, uel non. Quid ais glos? si ita exponere uerba liceret, facile esser cuique leges interpretari. sed quia non est a uerborum significatione receden dum.l.non aliter.ff.de lega.3. pro qua Iureconsulti multum laborarunt, in titu. de uerb. sign. idcirco omissa glos. expositione, dicas in possessionem mittatur, hoc est re ipsa mittatur. Apparet igitur ex eo tex. si sine cautllo & subauditione intelligatur, missionem re ipsa in bonorum possessionem posse mandari, in possessionem inquam quamcunque, etiam si tribuat ius, ut in tit. de uen. in possess. mitten. cuius sit mentio in.d.§.ut possessio bonorum. Nec obstat in.d.l. iubere cauere. ibi enim non dicitur missionem, re ipsa in bonorũ possessionem quamcunque non posse mandari: sed solum dicit, in possessionem mittere, imperij magis est, quam iurisdictionis: imperii meri non est, non enim uersatur in animaduersione: erit igitur mixti, sed quid inde? diceret fortasse quispiam, si mixti, ergo mandari non potest? sed quo argumento, uel qua lege id probabit? nulla profecto, licet doctores ita sentiant.

2 Tu uero dicito, † etiam eorum quæ sunt mixti imperij, quædam posse mandari: ea enim solum mandari non possunt, quæ specialiter lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione tribuuntur.d.l.1. de iurisdict. omn. iud.ff.de quo supra dictum est. sed nulla missio etiam re ipsa in possessionem quamcunque, nec lege, nec senatusconsulto, nec principum constitutione tribuitur, ergo mandari potest. Quod autem huiusmodi missio in possessionem non tribuatur lege uel senatusconsulto, uel principum constitutione, ex eo constat, quod solo prætorum edicto tribuitur, ut patet in omnibus tit. ubi de bonorum possessione tractatur: sed edicta Prætorum non sunt lex, nec senatusconsultum, nec principum constitutio, differt enim ab his specie, ut in.§.scriptum. Inst.de iur.nat. gen.& ciuil. Rursus scribentes aiunt, quæ non competunt iure magistratus mandari non possunt, sed missio in possessionem non competit iure magistratus.l. ea quæ.ff. ad municip. ergo mandari non potest? Sed his audacter occurrens dicito, in.d.l.ea quæ. non dici missionem in possessiones, aut possidere bona dotis seruandæ, uel legatorum seruandorum causa, non competere iure magistratus sed dicitur hæc magistratibus municipalibus non competere. nec ualet argumentum, hoc magistratibus municipalibus non competit, ergo non competit iure ma-

 gistratus,

gistratus, id quod, ostendetur argumento à simili, seu ab exemplo. Nam quemadmodum non sequitur, habere manus, & faciem rectam, competit homini iure animalis, non iure rationis, ergo competit cuilibet animali: item habere cornua competit boui iure animalis, ergo habere cornua competit cuique animali. Ita non sequitur, hoc cōpetit iure magistratus, ergo competit cui-
3 que magistratui. nam † hæc competunt iure magistratus, ei scilicet, qui habet mixtū imperium, is etiam dicitur magistratus. ea enim dicuntur competere iure magistratus, quæ specialiter lege uel senatuscōsulto, uel principum constitutione non tribuuntur. d. l. 1. & supra dictum est. sed uel prætorum edicto, uel prudentum responsis, uel iure gentium tribuuntur, & propterea mandari possunt. & licet hæc competant iure magistratus, non tamen omnia competunt cuique magistratui, non enim competunt municipalibus. d. l. ea quæ. Item si uendo fundum mille aureis, cognitio huius summe competit iure magistratus, & tamen non omni magistratui conceditur, nam defensoribus ciuitatum de tanta summa iudicare non licet, sunt tamen in magistratu, & his solum concessum est, in causis pecuniarijs usque ad aureos trecentos, ut in Auten. de defen. ciuit. §. & iudicare.

Sed contra id quod dictum est, hoc est quod missio re ipsa, in possessionē, etiā quæ tribuit ius, possit mandari, adduci-
4 tur text. in. l. nec quicquam †. §. ubi decretum. ubi Vlpianus ait, ubi decretum necessarium est, per libellum, id proconsul expedire non potest, & quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt glos. ibi, & scribentes ferè omnes exponunt per libellum, hoc est per iudicem datum quæ expositio quam sit inepta facile cuique paulo humaniori patere potest. nullibi enim legi existimo, libellum pro iudice posse intelligi. Vt igitur ille textus latine scientibus, planus appareat ac dilucidus, dicamus libellum esse, quam uulgo supplicationem appellamus: in qua quidem supplicatione solent exprimi preces, quæ principi seu proconsuli de aliqua re ab eis impetranda offeruntur. l. fi. & tot. titu. de precib. Imper. offeren. De huiusmodi libello loquitur Sueto. in Augusto. tanta ait, comitate adeuntium desideria excipiens, ut quendam ioco corripuerit, quod sic libellum porrigere dubitaret, quasi Elephanto stipem porrigeret. libellum, Tranquillus uocauit scedulam supplicem, qua postulata populares principi exponere solebant, aliqui appellant supplicationem. in huiusmodi igitur libello petebant porrigentes aliquid sibi concedi, princeps uero seu præses rescribebat id quod fieri uel concedi uolebat. l. rescripta & tot. tit. de precib. Imp. offe. quæ rescripta, si non erant iuri contraria, nec negotij cognitionem tollūt.

At si negotij cognitionem auferunt, & uires principali negotij exhauriunt, nihil profecto ualent. l. 2. cum sequen. C. de precib. Imp. offer. Hoc sibi uult Iureconsul. in d. l. nec quicquam ubi quidam a proconsule per libellum petierat, ut sibi concederet bonorum possessionem, quæ ius tribuit accipere. uel fortasse minor per libellum à proconsule postulauit, ut liceret sibi prædium alienare, si proconsul per rescriptionem id concedere, prorsus non ualeret, nā missio in eiusmodi possessionem, & alienatio rerum immobilium à minoribus facienda, & decretum, & causæ cognitionem requirunt. debet enim iudex prius consultare, & excutere, an aliunde pecunia possit ad extenuandum æs alienum expediri, an pupillus habeat pecuniam in numerato, & requirere, nunquid aliæ res sint: præter prædia, ex quarum pretio æri alieno satisfieri possit. & si ita consultando, deprehenderit non posse aliunde exolui, tunc permittet distrahi prædia, si creditor instās urgeat. l. magis puto. §. non passim. ff. de reb. eor. quæ quidem permissio, decretum appellatur: decretum enim in actione uenit ut ultimum 5. Ethic. Omnia igitur quæ decretū requirunt, per libellum non possunt expediri & hoc dicit ille. § ubi decretum non autem prohibet ea, quæ cognitionem requirunt, posse mandari. & si ita intelligatur, ut uere intelligi debet. supradictis minime obstat. Ex supradictis collige has conclusiones. Cognitio, & pronunciatio, an quis sit

quis sit mittendus in possessionem, potest delegari. Vt quis, re ipsa mittatur in possessionem bonorum quamcunque, alij mandari potest. Quædam mixti imperij demandari queunt. Quædam mixti imperij, iure magistratus competunt.

Summarium

1 *In integrum restitutio, licet fiat causa cognita, potest mandari.*
2 *Et apud quos Iudices peti potest.*
3 *Causæ pecuniariæ an possint delegari. & quod sic à 300. Duc. supra.*
4 *Causa nulla pecuniarum, defensoribus ciuitatum, iure magistratus competit.*

LXXXI. DECLARATIO eiusdem materiæ.

Scribentes aiunt, in integrum restitutionē posse mandari. l. fi. C. ubi & apud quem. sed hoc speciale est, ut ipsi in-
1 quiunt. Tu uero dicas, † in integrum restitutiones, licet fiant causa cognita, posse mandari. d. l. fi. nihilque in hoc specialitatis existit. & ratio quamobrem possunt mandari, ea est, quod nec lege, nec senatusconsulto nec principium constitutione id est tributum: ut in. 1. regula. d. l. 1. est enim hoc à prætoris edicto inductum. l. 1. & l. 3. ff. de resti. in integ. quod edictum, à lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione, ut sæpius dictum est, specie differt. Nec obstat, quod sit mixti imperij, nam ea quæ sunt mixti imperij, si non sunt lege, uel senatus consulto, uel Principis constitutione specialiter tributa, mandari possunt, ut in regula secunda. d. l. 1. & supra diximus. Huiusmodi autem in integrum restitutio-
2 nes, non solum possun delegari, sed † etiam apud quoscunque iudices peti possunt, si propriam habent iurisdictionem: non possunt tamen apud compromissarios iudices, uel arbitros ex communi sententia electos, nec apud eos qui dantur à iudicibus, qui propriam iurisdictionem non habent. d. l. fi. Coram alijs uero omnibus peti possunt, hoc autem utilitatis gratia, receptum est. habet enim huiusmodi restitutionis beneficium, multum utilitatis. l. 1. ff. de resti. integ.

3 Dubitatur, an † causæ pecuniariæ possint delegari? Bar. in. l. nec quicquā. § ubi decretum. in. 3. col. ff. de offi. procons. ita distinguit, aut est causa à trecentis aureis infra, & tunc quia competit iure magistratus, ut in Aut. de defen. ciuit. §. & iudicare. potest delegari d. l. 1. per regulam secundam. Aut est causa, à trecentis aureis supra, & tunc aut quæris, an possit delegari in totum, & dico (inquit ipse) quod non, nisi ex causa iusti impedimenti. Aut quæris, an possit delegari, quo ad processum, & dico (ait ipse) quod sic. l. placet. C. de peda. iudi. debet tamen inquit ipse, delegans audire causam in principio semel, in medio semel, & semel in fine: ut in Aut. ad hæc. C. de iudic. Idem sequitur Ias. in. l. imperium. ff. de iurisf. om. iud. in. 16 col. nu. 3 1. ubi inquit, causam à trecentis supra, non competere magistratibus inferioribus, & sic delegari non potest, nisi propter impedimentum multitudinis causarum: & iste est casus (ait ipse) in. d. l. placet. C. de peda. iudic. Tu uero audacter dicas, causam pecuniariam à trecentis aureis supra, posse totam mandari. & pro ueritate hoc modo argumentum ducito. Omnis causa quæ specialiter lege, uel senatus consulto, uel Principum constitutione non tribuitur, iure magistratus competit: sed causa pecuniaria etiam maxima, nec lege, nec senatus consulto, nec principum constitutione tribuitur, quod sine controuersia concedi oportet: iure igitur magistratus competit. si quid in hoc argumento negabis litem tuam facias cum Papiniano in. l. 1. ff. de off. eius. Hoc præposito, si ego in prouincia uendiderim alicui fundum mille aureis, cognitio huius summæ sine controuersia competit præsidibus. d. §. & iudicare, ubi hoc colliges. competit inquam iure magistratus, ut patet in argumento: si iure magistratus, ergo mandari potest ea enim, quæ iure magistratus competunt, mandari possunt ut ait Papinianus in. d. l. 1. poterit inquam tota huiusmodi causa delegari, etiam si non adsit iustum impedimentum, uel causarum multitudo. nec huic sententiæ aduersatur d. l. placet. quæ, ni fallor, nec à Bar. nec ab Ias.

ab Ias.nec ab aliis eis sequentibus, bene in hunc diem intellecta est. ego uero eam infra manifestissime declarabo. Rursus si uendiderim fundum in prouincia ducentis aureis, cognitio huius causæ competit etiam præsidibus, alijsque iudicibus, competit inquam iure magistratus, ut liquido ex argumento præposito colligitur, & per consequens, mandari potest. quando dicatur competere iure magistratus uide supra. Sed quod dictum est, summam mille aureorum competere iure magistratus, uidetur non esse recipiendum. si enim competeret, iure magistratus, competeret etiã defensoribus ciuitatum, & tamen illis non competit.d.§.& iudicare? Vt hoc reijciatur
4 dicito, † nullam pecuniarum causam, siue magnam, siue paruam competere defensoribus ciuitatum iure magistratus. Nec obstat. d.§.& iudicare. ibi enim specialiter principis constitutione defensoribus est tributum, ut possit iudicare in causis pecuniarijs usque ad aureos trecentos. & ratio est, ne creditores sibi obligatos ad clarissimos iudices traherent, ut colliges ex d.§.& iudicare. si igitur huiusmodi cognitio est illis constitutione principis tributa, sequitur, ut hoc illis iure magistratus non competat. Quod autem hoc sequatur apertissime patet in.d.l.r. Ex supradictis collige has conclusiones. In integrum restitutio, licet sit mixti imperij, potest mandari. Causa à trecentis aureis supra competit præsidibus, alijsque clarissimis iure magistratus: Quæ potest tota, etiam sine impedimento mandari. Causa à trecentis aureis infra, competit præsidibus, aliisque iudicibus iure magistratus. Fallit in defensoribus ciuitatũ, quibus non competit iure magistratus. Causa a trecentis aureis infra, defensoribus ciuitatum specialiter tributa est: & ab eis mandari non potest.

Summarium

1 *Præsidum autoritas, quæ.*
2 *Præses negocia per principis rescriptiones remissa mandare potest.*
3 *L. placet in princ. intellectus.*
4 *Explicatio uersic. non ita accipi.*
5 *Item & uersic. finalis.*

LXXXII. DECLARATIO l.placet.C. de peda. iudi.

Interlocutores
Iulius Fabius.

NVnc autẽ restat, ut reijciamus obiectionem.d.l.placet. & ut commodius uerus illius sensus explicetur, Iulius rogabit, Fabius, respondebit, & ita exordium nascetur. Iul. memini apud Bar. legere, hanc legem difficiliorem esse, quã nulla alia sit in Codice, aueo a te audire mi Fabi, quid de hoc sentias? Fab. difficilis prorsus uidetur, si eam (uti Doctores intelligunt) interpræteris, conturbando, transferendoq; fere omnes clausulas. Iul. quoniam igitur modo, interpretanda est? Fab. uti scripta est: sed prius præmittendũ
1 est, † præsides ex officio suo, ea quæ sunt meri & mixti imperij, & ea quæ sunt iurisdictionis realis, posse explicare: ut patet in tit. de offic. præsid. ex quibus, ea quæ competunt iure magistratus, alijs mandari possunt.d.l.1.de offic. eius. Ea uero, quæ specialiter lege, uel senatusconsulto, uel principis constitutione tribuuntur, mandari minime possunt, nisi præsides alio proficiscantur.d.l.1. Quædam sunt, quorum, non officio, iureque suo, sed per principis rescriptiones, cognitionem præses habebat. ad præsidem enim prouinciarum princeps per rescriptiones negotia remittebat, præses uero existimabat, an ipse cogniturus esset, an iudicem dare expediret, hoc apertissime patet in l. sæpe. cum.s.sequen.ff.de offic. præsid. cuius hæc sunt uerba, generaliter, quotiens princeps ad præsidẽ prouinciarum negocia per rescriptiones remittit, ipse existimare debet, utrum ipse co-
2 gnoscat, an iudicẽ dare debeat. poterat † igitur præses negotia ad se per principis rescriptiones remissa alteri penitus mandare.

Fateris ne hoc mi Iuli? Iul. sunt testimonio adeo claro firmata, ut negari non possint: sed quorsum tendunt hæc? Fab. ut doceam si possim, quis nam sit uerus illius legis intellectus. sed tu prius interroga, quid scire uelis. Iul. libenter ti-
3 bi morem geram, illa uerba, † placet nobis, cuius sunt? Fab. Imperatoris. Iul. quid igitur

igitur placet? Fab. præsides, hic distingue, & accipias illa uerba, uidelicet, adhibere examen suæ notionis. accipias deinde, illa uerba, his causis, & ibi facias subdistinctionem. Erit igitur structua orationis perfecta hæc, placet nobis præsides adhibere examen suæ notionis, his causis. Iul. aures non contentantur, sensus enim pendet. Fab. accipito deinde illa uerba, uidelicet, in quibus, scilicet causis, ante hac pedaneos iudices dabant, deinde accipito illa uerba quibus ostendetur oratio perfecta. Iul. quæ nam sunt. Fab. hæc uidelicet, quod, hoc est quia, ipsi non possent cognoscere. Iul. plana est structura, sed quæ erant causæ, in quibus ante hac præsides dabant pedaneos iudices? Fab. erant illæ de quibus paulo ante dictum est: illæ inquam quas princeps per rescriptiones ad præsides remittebat, de quibus in d. l. generaliter. ff. de off. præsid.

Iul. quid igitur Diocletianus in d. l. placet. addidit? Fab. hoc, quia ante præsides simpliciter huiusmodi negotia mandabant d. l. sæpe. & d. l. generaliter, hodie per. l. placet, debent ipsi præsides cognoscere, ea negotia, quæ princeps per rescriptiones ad eos remittunt. Iul. & quid si præsides sunt occupati publicis negotiis, uel causarum multitudine? Fab. tunc ea lex permittit, ut possint dari iudices, & hoc uolunt illa uerba, ita tamen. ita tamen placet præsides adhibere examen suæ notionis, ut si uel per occupationes publicas, per causarumúe multitudinem, omnia eiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem hæc sunt uerba legis, quæ clara (si hoc modo lex illa intelligatur,) & uerba & sensus uidentur. Iul. ergo lex illa in principio non loquitur in causis iurisdictionis à trecentis aureis supra, ut Bar. & Ias. aliisque uolunt ubi supra? Fab. ita prorsus existimo, sed loquitur de omnibus causis. quas princeps per rescriptiones ad præsides remittebat.

Iul. nemo in hunc diem legem illam ita interpretatus est: perge quæso, & quid illa uerba sibi uelint explicato: illa quidem, nõ ita accipi conuenit, usque ad uers. quod us

4 que adeo. Fab. conabor explicare. † dixerat Imperator præsides publicis negotijs uel causarum multitudine occupatos, iudicis dãdi potestatẽ habere: & sic uidebatur licere præsidibus, ob causarum multitudine, omnes causas mandare posse. Hoc excludens Imperator ait, quod non ita accipi conuenit illud relatiuum quod, intelligas, hoc est, quod præsides habeant iudicis dandi potestatem non ita conuenit accipi, ut in his etiam causis in quibus solebant ex officio cognoscere, dandi iudices licentia eis permissa credatur. Iul. quæ nam sunt causæ in quibus præsides ex officio suo solebant cognoscere? Fab. tam cito oblitus es? Dixeram tibi supra, omnes causas tam meri quã mixti imperij, tam iurisdictionis realis, seu emendatiuæ posse præsides ex officio suo, hoc est ex propria iurisdictione, quam suo iure habebat, cognoscere. hoc enim demonstrat ille titulus de offic. præsi. & hoc referunt illa uerba in tex. ex officio suo cognoscere: quæ posita sunt ad differentiam earũ causarum, quæ non ex officio suo sed per principis rescriptione cognoscebant. d. l. sæpe. & d. l. generaliter de offic. præsi. Iul. ergo præsides, eas causas quas ex officio suo habent, mandare non possunt? Fab. non omnes, nam eas quæ specialiter lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione illis tribuuntur, mandari non possunt, nisi alio proficiscantur. l. 1. ff. de offic. eius. eas uero quæ iure magistratus competunt, mandare possunt. ut ostendunt uerba Imperatoris in d. l. placet. ibi quod usq; adeo. usq; ad uers. dum tamen.

5 Iul. quid sibi uolunt illa uerba † usque adeo. explica quæso? Fab. ut potero explicabo, Imperator in uer. quod non ita. dixerat, in causis, quas solebant præsides ex officio cognoscere, non esse eis permissa licentia iudicis dandi. ex quibus uerbis colligĩ poterat, omnes causas, etiam quæ iure magistratus competunt, retinendas esse in præsidum cognitione, propterea quod & eas etiam præsides ex officio suo cognoscunt, non dico sine actione: illa enim uerba ex officio, hic non excludunt actionem, sed includunt omnia, quæ ipsi præsides iure suo sine principis rescriptione agere possunt. l. omnia. ff. de offic. præsid. ubi, Martianus ait, omnia prouincialia desideria, quæ Romæ uarios

uarios iudices habent, ad præsidum officium pertinent. sed quia causæ quæ iure magistratus competunt, mandari possunt, ideo dixit, quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est. illud relatiuum, quod refert antecedentes hoc totum, scilicet a uersiculo, quod non ita, usque ad uersiculum, quod usque adeo, ibi enim dixerat Imperator, non esse permissam præsidibus iudicis dandi licentiam in his, quæ officio suo cognoscunt: nunc moderatur uniuersalem sermonem iuquiens, quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est: hoc est, non omnes causæ, quæ ex officio suo præsides cognoscunt, in tantum sunt retinendæ in præsidum cognitione, ut eorum iudicia non diminuta uideantur. Iul. quid uolunt illa uerba, ut eorum iudicia non diminuta uideantur? Fab. dicam, si præsides per illum uersiculum quod non ita, usque ad uersiculum, quod usq; adeo. uoluissent omnia negotia, quæ ad officium præsidum pertinēt: in quibus ea quæ iure magistratus cōpetunt, etiam reperiuntur. d.l. non omnia. ff. de offic. præsid. profecto iudicia, hoc est præsidum potestas uideretur diminuta, nam præsides ea quæ sibi iure magistratus competunt mandandi habent potestatem. d.l.1. de offic. eius, in secunda regula. Ne igitur huiusmodi potestas uideretur diminuta, ideo Imperator subiunxit, quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est ut eorum iudicia non diminuta uideantur.

Iul. ergo ille uersiculus usque adeo, non est iungendus principio legis, ut uult Bar. in d.l. placet? Fab. certe non, sed capiendus est pro ut iacet, & temperat ea quæ dicta sunt, à uersiculo quod non ita usque ad uersiculū quod usque adeò ut audisti. Iul. ergo omnes causæ, quæ iure magistratus competūt mandari possunt? Fab. poterant per. d.l.1.
6 hodie minime omnes† causa enim ingenuitatis, & libertinitatis hodie per. d.l. placet penitus mandari non possunt.

Hoc ipsum ostendunt illa uerba Imperatoris, dum tamen, usque ad finem legis ad uertas quæso mi Iuli quod illa uerba dum tamen, non solum ostendunt quod diximus sed etiam osteudunt, in illo uersiculo usque adeo, Imperatorem uoluisse causasque competunt iure magistratus siue magnas, siue paruas, siue minimas posse à præsidibus etiam hodie mandari: quod facile apparet ex eo quod excepit causam ingenuitatis & libertinitatis, quæ competunt iure magistratus, exceptio enim debet esse de regula l. nam quod liquide. §. si ff. de pen. leg. hanc ob causam Imperator dixit, dum tamen de ingenuitate &c. Iul. Si ostendis causam ingenuitatis & libertinitatis competere iure magistratus, clare procedit quod dictū est. Fab. facillime id faciam, audi quæso; ea quæ specialiter lege, uel senatusconsulto uel principum constitutione non tribuuntur, iure magistratus competunt. d.l.1. sed causæ ingenuitatis, & libertinitatis, non tribuuntur nec lege, nec senatusconsulto, nec principum constitutione, ergo competunt iure magistratus. Iul. assentior, & ea quæ prius spinosiora uidebantur, nunc ex supra dictis læuia & clara apparent, & ita me cogunt assentiri, ut aliter legem illam intelligi non posse confirmem, & tibi qui eam aperuisti, gratias ago. Fab. non mihi, sed deo, a quo omnis ueritas procedit, gratias agito mirificas: & ex supradictis collige conclusiones. L. placet nobis. usque ad uersic. quod non ita non loquitur in causis pecuniarijs à trecentis aureis supra, ut doctores uolunt: sed loquitur de omnibus negotiis, quæ princeps ad præsides per rescriptiones remittebat. Versic. quod non usque adeo. non est iungendus principio legis, ut uult Bar. sed moderatur uersiculum præcedentem. L. placet nobis, legenda est seriatim prout scripta est. Iul. arbitror has conclusiones posse facile defeudi. Fab. facillime.

Summarium

1 Aut. ad hac. C. de Iudi. loquitur de consiliarijs, seu assessoribus, seu pedarijs Iudicibus.
2 Consiliarij, assessores, & Pedarij, qui?
3 Assessores & pedarij Iudices audiunt causas, & non iudicant.
4 Præsides impediti possunt eis mandare causas, dummodo audiant in princ. & medio, & in fine sententient.
5 Iudices pedarij sunt ordinarij, & possunt audire causas usque ad 300. aureos quando sunt electi

electi ab Imperatore.
6 *Et eas tamen mandare non possunt.*

LXXXIII. DECLARATIO Auth. ad hæc. C. de iudi. &. §. illud etiam rect. in Aut. ut de fun- cti funera.

IVL. iam satis in hoc mihi fecisti, uelim si non sum tibi molestiæ, hoc etiam mihi declarari. Fab. quid? Iul. si memoria teneo, dictũ est supra, causas a trecentis aureis supra posse quo ad processum delegari, debet tamen delegans audire causam in principio semel, in medio semel, semelque in fine, in Authen. ad hæc. C. de iudi. Fab. non fallit te memoria, ita enim ex sententia Bart. in. d. §. ubi decretum, dictum est. Iul. est ne hoc uerum? Fab. minime. Iul. non ne manifestissime hoc in. d. Auth. probatur? Fab. certe non. Iul. quid igitur uult illa Aut. explica quæso. Fab. explica-
1 bo, audi: illa † Aut. &. §. illud etiam recte in Auth. ut defuncti seu funera &c. non loquitur de iudice delegato, sed de consiliariis, seu assessoribus, seu de pedaneis iudicibus. hæc enim appellationes ferè idem significant, ut not. glo. in. d. §. illud. Con-
2 siliarij † dicuntur, eo quod eorum consilio administratores, seu præsides iudicant, ut asserit glo. in. d. §. illud super uerbo consiliarios. facit tex. in Aut. de iudi. §. iudices. ibi dicitur consiliariis suis commiserit particulares examinationes, ipse pro omni negotio iudicium portaturus. hi autem consiliarij, non habent iurisdictionem, nec propriam, nec mandatam: Assessores appellantur, eo quod ad præsides, hoc est iuxta præsides inferiori tamen loco, assidere solent, uulgo dici solent, collaterales. §. nostris. Auth. de iudic.. quid autem sit eorum officium, patet in titulo &. l. 1. ff. de offic. assess. ubi horum officium constat in cognitionibus. hoc est, cognoscit assessor, quid iuris in causa esse debet, ea quæ sunt legum explicans, & is cui assidet ab illo discit, quæ in iudicando eloqui decet, deinceps iudicat ipse præses. §. ille. Auth. de iudic. ita glos. in d. l. 1. & probatur in. §. nos igitur. cum sequen. Authen. de iudic. constat etiam huiusmodi assessorum seu pedaneorum officium, in postulationibus, hoc est ut uideat, an sit infamis qui postulat, an non: & alia circa hoc facit, quæ glos. ibi enumerat, in. d. l. 1. de offic. assess. Iul. quamobrem, & hi appellanrur iudices pedanei? Fab. non pedanei, sed pedarij ex Gellij sententia, lib. 3. cap. 18. dicendi sunt. & dicuntur pedarij, quod is magistratus non uehatur curru, sed pedibus proficiscatur in forum, & humiliora negotia disceptat. l. fi. C. de peda. iud. quemadmodum Senatores, qui curulem magistratum gessissent, curru solitos honoris gratia, in curia uehi, dicit Gell. in quo curru sella esset, supra quam considerent, ob eam causam curulis appellabatur, sed eos Senatores, qui magistratum curulem nondum cœperant, pedibus itauisse in curiam, hanc ob causam pedarios nominatos: ita minores iudices, qui pedibus in forũ ibant pedarii appellabantur. Nota quæso illud uerbum disceptant, in. d. l. fin. quòd idem significat, quod disputo & contendo. Iul.
3 quid tum? Fab. ex eo uerbo, constat † officium assessorum, seu pedariorum iudicum, in audiendis disputandisque causis, non autem in iudicandis uersari. Iul. ergo. hæc tria nomina idem significant? Fab. idem fere, ut dixi, & ostend t ille. §. illud etiam. iuncta glos. super uer. ab alijs.

Iul. possunt ne isti in causa iudicare? Fab. si sententiam glos. in. d. l. 1. de offic. assess. sequi uelimus, non possunt eam enim & Bar. & Iaso. sequitur: & est ratio, quia nec ordinariam, nec delegatam habẽt iurisdictionem, ut ijdem dicunt. Iul. quamobrem igitur præsides, & administratores hos sibi adiungunt? Fab. ut eorum consilio in causis utantur, putant enim horum prudentiam, ac scientiam, sibi esse necessariam. l. 1. C. de asses. sunt enim præsides plerunq; illiterati, ut ait glos. in Aut. de iud. §.
4 nostris. Iul. sed quid si † præsides seu administratores occupationibus rerum, seu principis iussis sunt impediti? Fab. poterunt id agere, quod ex principis constitutione tributum est, Iustiniani inquam in. d. §. illud. Iul. dicas quæso, quid eis tributum est. Fab. possunt cognoscere causas totumque

tumque processum ordinare, dummodo cõ testationes litium apud administratores, siue minores sint, siue maiores, fiant: deinde in medijs litibus. rursus res moti negocij ab administratoribus seu præsidibus audiatur, ut ea, quæ examinata sunt, cognoscant: cum uero prope sententiam diffinitiuã erit peruentum, huiusmodi consiliarij, seu pedarij iudices, sine administratoribus nihil audire debent, sed ipsosmet administratores audire, quæ excussa, seu examinata sunt, & consequenter eos iudicare oportet: Hic est uerus sensus.d.Aut.ad hæc.&.d.§.illud.unde sumpta est.d.l.fi.C.de peda. iudi. Iulius est ne hic nouus sensus. Fab. non profecto, sed nonnulli antiqui hoc etiam senserunt. Iul. non ergo loquitur quando iudex uult delegare causam. Fab. certè non. nam quando præsides seu iudices possunt delegare causam, possunt totam mandare, nec oportet ab eis aliquid in ea fieri, ut dictum est supra, in declaratione.d.l.placet & is cui mandatur, nec pedaneus, nec consiliarius iudex appellatur, sed iudex delegatus.l.à iudice.C.de iudi. Iul. dicas quæso mi Fa-
5 bi, non ne, † & pedarij iudices possunt suo iure causas audire, easque sententia finire? Fab. possunt profecto, sed eas tantum quæ trecentos solidos non excedunt.§.audient. in Aut. de iud. Iul. possunt ne huiusmodi causas nemine iudicum mandante audire, finireq;? Fab. possunt inquam: & sunt ordinarij? Iul. si ordinarij cur pedarii appellantur? Fab. quia ordinarij, maiores uti administratores, & præsides, curru utebantur, his uero & si ordinarij essent, curru uti minime licebat, sed pedibus ibant in forum, ideo pedarij appellati sunt. Iul. ergo omnes pedarii, usque ad trecentos solidos poterant esse ordinarij? Fab. minime, sed illi solum qui ab Imperatore erant electi, ut d. Aut. de iud.§.uetus. Iul. & quæ olim à Zenone electi fuerunt pedarij iudices, quidẽ iuris periti, causarumq; experimentum habentes, his mortuis cœperunt eligi legum inerudití, nec causarum experientiam habentes, nec æquum, ab iniquo, nec licitum, ab illicito discernere sciebant, id quod non paruum rei publicæ afferebant incommodum: quamobrem, à Iustiniano deinde, ut reipublicæ consuleretur, fuerunt electi duodecim legum peritissimi, è quibus octo ex minori ordine, quatuor ex maiori erant, quorum nomina enumerantur in illius constitutione, in Aut. de iud. Iul. perge quæso. Fab. his inquã iudicibus pedarijs ita ut dictum est appellatis, ex ea Iustiniani constitutione specialiter tributum est, ut per se eorumq; iure possint. causas usq; ad trecentos solidos audire finire ue, eisque mandatum est, ut mane, deinde meridie, postremo uesperi sedentes, eiusmodi causas audirent.d.Aut.de iud.§.sedebunt.&.d.§.audient. Iul. prosequere obsecro. Fab. uoluit itaque Iustinianus hos duodecim post suos administratores, esse pedarios iudices, & usque ad dictam summam ordinarios, quibus negotia, ut sibi uidebatur, delegabat: & si quis ex administratoribus suis uoluisset causas, iure magistratus inquam sibi competentes, alteri mandare, oportebat, ut uni ex illis duodecim pedarijs iudicibus mandaret, & nulli alii mandare poterat.d. Aut. de iudi.§.iudices.ubi obseruato illa uerba, nostrorum iudicum, capi pro nostris administratoribus, licet glo. ibi ita non sentiat. Iul. unde hanc interpretationem contra glos. sumis? Fab. ex illo.§.iudices.ibi enim dicitur post nostros administratores. deinde dicitur, si quis autem nostrorum iudicũ, hoc est administratorum, repetendum.n. est illud uerbum administratores, in principio positum arg.l.qui filiabus.ff.de leg.1. Iul. ergo administratores, & præsides non poterant cui uolebant. causas iure magistratus competentes mandare? Fab. non ne dixi. quòd non, sed electis ab Imperatore dumtaxat, ut d. Aut. de iud. Iul. poterat ne administrator, siue præses uni ex illis mandare causam siue magnam, siue paruã? Fab. etiam maximam. Iul. & cognitionem, & sententiam? Fab. etiam. Iul. Dixeras paulo ante, illos non posse nisi usq; ad trecentos solidos iudicare, audire ue? Fab. dixeram illos iure proprio, nullo mandante habere causarum notionem à principio ad finem usque ad trecentos solidos, & hoc
6 ex principis constitutione. Iul. ergo † huiusmodi causarum notionem, alteri mandare non possunt. cum eis specialiter ex prin

cipis

cipis constitutione traditum sit? Fab. recte sentis obstat enim illis lex. 1. ff. de offi. eius, in prima regula, de qua sæpius dictum iam est. Sed si eis mandabatur ab administratoribus causa pecuniaria etiam maxima, poterant illam non uti ordinarij, sed uti delegati decidere, ut supra alibi dictum est. Iul. non quiescit animus, dicas obsecro, si administratores mandaturi erant aliquas causas, cogebantur ne præcisè mādare uni ex illis? Fab. non, sed poterant mandare suis consiliarijs, non totam causam, sed particulares examinationes, cognitionemque causæ, aliaq; de quibus in l. 1. ff. de offic. asses. sententiam uero non, sed oportebat ipsos administratores referentibus cōsiliariis, seu assessoribus quæ uiderant, sententiam ferre. d. §. iudices. in fin. & d. §. illud etiam. ut defuncti seu funera. Iul. collige quæso ex paulo ante dictis summatim aliquas conclusiones. Fab. libentissime faciam, animaduertito. Aut. ad hæc. C. de iudi. & §. illud etiam rectè in Authen. ut defuncti seu funera &c. non loquitur de iudice delegato, sed de consiliarijs, seu assessoribus, seu de pedarijs iudicibus. Iudices pedarij, seu consiliarii possunt audire causas, non autem de his iudicare: Qui nec delegatam, nec ordinariam habent iurisdictionem. Administratores seu præsides, occupationibus impediti possunt consiliariis, seu pedariis iudicibus mandare causarum cognitionem, dummodo ipsi audiant in principio, & in medio, & in fine sentētiam ferant. Iudices, quibus ex principis constitutione usque ad trecentos aureos iurisdictio tributa est, dicuntur pedarii, suntque ordinarii: & eorum iurisdictionem mandare non possunt. Non omnes pedarii erant ordinarii, sed electi ab Imperatore dumtaxat. Præsides seu administratores poterant causas iure magistratus sibi competentes pedariis iudicibus ab Imperatore electis totas delegare. Pedarii iudices, iurisdictionem quam habebant, usque ad trecentos solidos alteri mandare non poterant.

Summarium.

1 *Iurisdictionem sibi mandatam, alteri mandare nemo potest. Et quæ sit ratio.*

2 *Iudices ordinarij cur dicantur habere iurisdictionem iure proprio.*

Beneficium proprium, & alienum, quid.

3 *Verbum, principaliter, in l. & quia. ff. de iuris. omn. iudi. quomodo intelligatur.*

4 *Dare iudicem, qui possunt.*

5 *Legatus procons. cur potest dare iudicem.*

6 *Cur princeps potest delegare, cum habeat iurisdictionem a populo.*

7 *Delegatus ad uniuersitatem causarum, non potest subdelegare.*

8 *§. ab eo. l. 1 ff. quis. & a quo declaratur.*

Instrumenta artium quædam animata, quædam inanimata.

9 *L. unica. C. qui pro sua iurisd. corrigitur.*

LXXXIIII. DECLARATIO an delegatus possit subdelegare.

IVl. disputari sæpe audiui, an delegatus possit subdelegare, & magna super hoc est contentio, tu quid sentis? Fab. magna profecto, ut ais, contentio, sed fere omnes consentiunt a delegato posse de-
1 legari. Tu uero ita habeto, † mandatam sibi iurisdictionem, mandare alteri neminē posse. Paulus hoc ad uerbum scripsit in l. mandatam. ff. de offi. eius. quia qui mandatam iurisdictionem suscipit, proprium nihil habet, sed eius qui mandauit, iurisdictione utitur. hæc sunt uerba Papiniani in l. 1. §. qui mādatam si enim proprium nihil habet non potest aliquid in alium transferre. nam & Vlpianus hoc etiam sentit in l. traditio. ff. de acquir. rer. dom. Iul. si nihil proprium habet, quo nam modo causæ cognitionem exercebit? Fab. non ne dixi, utitur mandata iurisdictione. Iul. quomodo utetur eo quod non habet? Fab. si habeo equum, & eum tibi commodo ut eas Romam, non ne tu illo uteris? & tamen nec proprietatem, nec equi possessionem habes: nemo enim commodando rem, facit eius cui commodat. l. rei commodatæ, cum sequen. ff. commod. ita si is qui propriam haber iurisdictionem, alij eam mandet, hoc est committat [hoc enim significat mandare] nec eius proprietatem, nec quasi possessionem in alium transfert, & consequenter non fa-

cit propriam illius cui commodauit iurisdictionem, quemadmodum dictum est in commodato.

Iul. ergo is cui mandata est iurisdictio, nihil agere potest? Fab. imo potest uti ea, ut supra dixi, quemadmodum commodatarius utitur equo. Iul. quid ex hoc sequitur? Fab. hoc, quod non potest illum usum in alium transferre: quemadmodum is cui commodatus est equus, non potest iure illum alteri accommodare, committeret enim furtum. l. qui re. ff. commod. impossibile est Iuli mi, si habeo duntaxat rei usum, ut eum in alterum transferam, nam si alter illius rei usum haberet, non esset ille usus quem ego habeo. nam dum tota re ego utor, alter ea uti non potest, quemadmodum in uehiculo dici solet. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. Habet igitur is cui commodata est iurisdictio, ipsum uti dũtaxat, quod alteri cedere non potest, arg. à simili sumpto, in §. ptinc. Inst. de usu & habitat.

Iul. ergo is cui mandata est iurisdictio non habet eam iure suo? Fab. probe dicis, habet eam alieno beneficio. l. more maiorum. ff. de iurisdict. om. iud. Iul. non ne quilibet ordinarius beneficio alieno iurisdictionem habet, & tamen eam alteri mandat? Fab. non ita est, nam † præsides alijque ordinarij proprio non alieno beneficio iurisdictionem habent: huiusmodi enim beneficium est ipsis præstitum, seu concessum a lege, uel senatusconsulto, uel principis constitutione, est igitur beneficium proprium non alienum. At delegatus iurisdictionem habet alieno beneficio, hoc est beneficio non sibi, sed alij concesso. Exempli causa, si do equum Petro, hoc beneficium est ipsi Petro concessum, & dicitur habere equum iure suo: at si deinde Petrus commodaret Titio equum, Titius uteretur equo non beneficio suo, eo quod equus sit ei datus, sed beneficio alieno, hoc est beneficio primum Petro concesso. hoc ipsum uoluit Iulianus in d. l. more maiorum, dum ait, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet. Hoc ipsum etiam confirmat Imperator in l. à iudice. C. de iudic. dum ait, cum ipse iudiciario munere fungatur. nam delegatus fungitur munere iudiciario, munere inquã hoc est dono, seu beneficio iudici ordinario concesso. Summa hæc sit. beneficium alienum capitur hic passiue, hoc est beneficium alij ab aliquo concessum: non autem actiue, ut intelligatur beneficium alienum, quod alius alicui concessit. & quod ita interpretandum sit, ostendit tex. in. l. solet. ff. de iurisdict. omn. iud. ubi Vlpianus ait, is cui mandata est iurisdictio, fungitur uice eius, qui mandauit, non sua. Iul. nemo igitur ex ordinarijs alieno beneficio iurisdictionem habet? Fab. nemo prorsus, sed suo beneficio habent, hanc ob causam eam mandare possunt. Iul. ergo iudex datus, iudicem dare non potest? Fab. proculdubio. Iul. tua igitur sententia is, cui mandata est iurisdictio proprium nihil habet? Fab. non mea, sed Papiniani, hoc uerum est, ut d. §. qui mandatam. si igitur proprium nihil habet, nihil alterum mandare potest. Hoc ipsum uoluit Paulus in. l. & quia ff. de iurisdict. omn. iud. ubi reddens rationem, quamobrem is cui mandata est iurisdictio non potest mandare, ait, & quia nec principaliter ei iurisdictio data est nec exponas † principaliter, hoc est à principe ut dicit glos. sed dicas principaliter, hoc est præcipue, hoc est ante alios. Non enim is cui mandata est iurisdictio, præcipue ei data est, hoc est ante alios, nam ante eadem data est ordinario: quando uero datur ordinatio, datur præcipue, quia ante nulli data est. & nota illud uerbum data. nam dare est dominium, seu quasi transferre. §. sic ita que discretis. Institu. de action. Subdit Paul. nec ipsa lex defert. hoc est, nec lex concedit, ut possit dare iudicem. Iul. qui † igitur possunt dare iudicem? Fab. hi quibus lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione conceditur. l. cum prætor. ff. de iud. Iul. cui nam hoc lege conceditur. Fab. proconsuli, præsidibus, hisque similibus. d. l. cum prætor. item hi quibus more id concessum est, hoc est tacita lege, mos enim lex quædam est. l. 1. C. de emancip. & ibi not. Iul. qui sunt hi? Fab. præfectus urbis, exterique Romæ magistratus Iul. ergo omnes magistratus possunt dare iudicem,

iudicem. Fab. minime, sed hi duntaxat, quibus lege uel tacita, uel expressa, concessum est. Hoc ipsum innuit illud relatiuum cæteri, quod est similium repetitiuum, iuxta glos. in.l. fugitiui. C. de seru. fugi. est enim relatiuum diuersitatis, refert enim antecedens diuersum a consequenti esse eiusdem generis uel speciei, cum ipso consequenti. Nam si dico amo laurum, & cæteras arbores, significo laurum esse arborem: ita hic cæteri magistratus intelliguntur hi, qui sunt eiusdem speciei, hoc est qui bus lege expressa, uel more, hoc est, tacita lege, hæc iurisdictionis species, scilicet dandi iudicem concessa est. Nam ut supradictum est, licentia iudicis dandi, est species iurisdictionis legalis per se, & his solum competit, quibus lege uel senatusconsulto, uel more concessa est, ergo alijs non competit.

5 Iul. quid ais mi Fabi, non ne † legatus proconsulis potest dare iudicem.l.legatus. ff.de offic. proconsf? Fab. atqui, sed ipse legatus est quasi socius proconsulis: proconsul enim a principio usque ad finem legatum habere debet.l. obseruare.§. post hæc. &.l. meminisse.§. legatum.ff. de offic. procons. & habet officium suum sicut proconsul suum, ideo dicitur in rubrica de offic. procons. & leg. Et mandata iurisdictione a proconsule, ipse legatus habet propriam iurisdictionem, ut patet in.l. legati.ff. de offic. procons. ubi Pompo. ait, legati proconsulis, nihil proprium habent, nisi à proconsule eis mandata sit iurisdictio. ergo mandata iurisdictione, eam propriam habent, arg. à contrario sensu quod ualet, & hoc tenet ibi glos. in ultima solutione. hoc etiam patet in.l.cognitio.§. cum propriam. ff.de offic. eius. ubi Iureconsultus in hæc uerba ait, cum propriam iurisdictionem legatis tuis dederis. nota illud uerbum, dederis, quod, ut dictum est, dominij, seu quasi translationem demonstrat.d.§. sic itaque discretis. Insti. de actio. Cum igitur proconsul propriam iurisdictionem habeat etiam eam speciem, quæ licentia iudicis dandi, dicitur habere: habet inquam sibi lege concessam, & illam dat, ac in delegatum transfert.d.§.cum propriam, merito delegatus alteri mandare potest, nam qui iurisdictionem propriam & suo iure habet, eam mandare potest.d.l. more maiorum. cum seq.ff. de iurisdict. om. iud. Iul. ex supradictis facillime perspici potest, eum qui iure alieno iurisdictionem habet, alteri mandare non posse. Fab. ita certe.

Iul. nonne concedis iudicem a principe datum, posse iudicem dare? Fab. prorsus concedo, est enim clarum.l. a iudice.C. de iudi. Iul. dicas quæso, non ne & hic alieno beneficio habet? Fab. non, imo proprio. est enim huiusmodi beneficium a principe ipsi concessum. Iul. mihi uidetur & principem alieno beneficio iurisdictionem habere, habet enim beneficio populi l.1.ff. de constit. prin. Fab. hui? si ita esset, nec princeps delegare possit. Iul. ita sentio. Fab. non probe sentis, nam procul dubio delegari potest. Iul. ergo falsum est, quod dicitur, qui alieno iure habet, mandare non potest? Fab. imò uerum. sed ut ueritas explicetur, dicas quæso, si Titius dedit mihi fundum, dedit ne usum fructum, uiam, iter, actum &c? Iul. non profecto, hæ enim sunt seruitutes, & res sua nemini seruit. Fab. probe dicis, non habeo igitur has seruitutes? Iul. non in actu. Fab. potero ne alij uiam, iter &c. eo fundo constituere? Iul. procul dubio testis est tit. ille, de ser. rust. præd. Institut. & .ff. Fab. ubi igitur erant? Iul. in fundo, potestate, seu potentia. Fab. scite loqueris, concedam ne alteri hæc alieno iure, aut beneficio meo? Iul. tuo prorsus. Fab. fundum quonam beneficio habui? Iul. titij. Fab. audi igitur

6 nunc quæso Iuli, † populus Romanus contulit in principem illam supremam potestatem.l.1.ff. de consti. princ. quæ potestas continebat omne imperium, omnemque iurisdictionem, ut supradictum iam est: continebat inquam potentia, non actu, quemadmodum fundus continet uiam, iter, actum. Iul. ergo populus non dedit principi iurisdictionem in actu? Fab. non, sed poterat ex illa suprema potestate, sicuti illius dominus, dare alteri, quam uellet iurisdictionis speciem, sicuti dominus fundi, potest alteri dare, iter, uiam, ex illo.

Iul. si ita est, ergo princeps iurisdictionem exercere non poterat? Fab. non recte sentis: nam quemadmodum dominus fundi potest ire per fundum, colligere ex eo fructus, facere aquæductum, & huiusmodi, nõ tamen iure seruitutis & id facere potest, quàm hi quibus hæc concessa sunt: ita princeps, in illa suprema potestate sibi à populo concessa, potest omnia facere, quæ possunt præsides, consules, rectores, alijq; administratores, & multo potentius: quę.n. potest secunda causa, mediante prima, multo magis potest & ipsa prima, etiã sine secũda. Et hinc facile constat eum, cui princeps mãdat, propriam habere iurisdictionem: quem admodum is, cui dominus fundi constituit usumfructum, habet proprium usumfructũ. & quemadmodum is, qui usumfructum habet, potest alij, ut puta Petro fructuum perceptionem concedere, non autem usumfructum. §. finitur? & ibi not. Inst. de usufruct. & tamen Petrus pereceptionem illam alteri concedere non poterit: ita is, qui a principe propriam iurisdictionem habet, hoc est delegatus, potest alieri mandare, ut ea utatur. d. l. à iudice, Iul. ergo delegatus a principe nihil differt ab ordinario? Fab. nihil prorsus in hoc, uterque enim habet iurisdictionem propriam, sed ille ordinariam, hoc uerò extraordinariam: ille habet plures iurisdictionis species, hic potest unam tantũ habere, potest enim princeps unam speciẽ; seu unam causam alii concedere. Iul. ergo delegatus delegare non potest? Fab. ita om
7 nino est. Iul. & † quid si uniuersitas causarum alicui est delegata? Fab. nec is, quidem poterit subdelegare. eadem enim ratio est in isto, quæ & in eo, cui una species delegata est, sequitur ut idem sit existimandum. l. illud. ff. ad. l. aquil. neuter enim habet propriam iurisdictionem. d. l. qui mandatam. sed uterque uice mandantis fungitur. d. l. solet. ut ex supradictis facillime potest perspici. Iul. nemo igitur delegatus potest delegare. Fab. nemo prorsus. nec is quidem cui causarum uniuersitas mandata est. Iul. cogor, & si nolim, assentiri. sed huic sententiæ
8 uidetur obesse. l. 1 †§. ab eo. iuncta gl. ff. quis & a quo. Fab. bene dixisti, uidetur. nam si ita, ut multi aiunt, intelligatur, obest profectò: si uere, minime. Iul. duplex est igitur illius legis intellectus? Fab. atqui, sed quemadmodum corpus non potest habere nisi unam animam, ita lex non potest nisi unum habere sensum. Iul. dic quæso, quis nam is est? Fab. audi.

Omnis ars, omnesq; officium, proprijs eget instrumentis, ut. 1. Polit. & supra demonstratum est. Instrumentorum autem, quædã animata, quædam inanimata sunt. Arist. ibidem. & patet in arte nauigandi: remi, enim, temo, uelum, aliaq; eiusmodi instrumenta sunt inanimata. animata uerò instrumenta sunt, qui remos ducunt, qui temonem gubernant, aliq; nautæ. Iul. quorsum hæc? Fab. ne interpellato. item opus magis artifici, quam instrumento ascribitur. item qui facit per alium, est perinde, ac si per se ipsum faceret, regul. qui facit per alium, de reg. iur. in sexto. & l. 1. §. deieciſſe. ff de ui & ui arma. ille enim alius, est uti instrumentum: multa enim per amicos, quasi per instrumenta aguntur, Arist. 1. Eth. adiuuat hoc doctrina Bar. in. l. si nous. § seruus in 2 col. ff. de iniur. ubi ait, si mando tibi ut aliquid honesti facias, tu (suscepto mandato) necessitate quadam ciuili id agis, es enim ad hoc obligatus. id igitur quòd a te agitur, ego dicor facere. Nunc in proposito; si Titius ordinarius iudex mandat iurisdictionem Sempronio, Sempronius propriũ nihil habet, sed Titii iurisdictione utitur. d. §. qui mandatam, & d. l. solet in fin. si Sempronius, qui est instrumentum Titij animatum ferat sententiam, erit perinde ac si ipse Titius ferret. d. reg. qui facit per aliũ. Hoc autem expresse apparet in. l. fin. C. ubi & apud quem, ibi, ut uideatur ipse, qui iudicem dederit, in integrum dare restitutionem. & ibi glo. non enim Sempronius suo iure, sed alieno beneficio id agit. si igitur perinde est, ac si Titius qui mandauit tulisset sententiam, non est iustum, ut ipse à se ipso prouocetur, ergo à Sempronio delegato prouocandus est is, qui à Titio ordinario prouocaretur. is autem erit princeps, seu aliquis superior. hic est sensus. d. §. ab eo. Et ut facile intelligatur ita facito glos. retento exemplo supra posito. ab eo: hoc est, à Sempronio delegato. deinde sequitur, quis:

quis: scilicet, Titius ordinarius mandauit iurisdictionem. mox subditur, non ipse pro uocabitur: ipse, hoc est Titius ordinarius, ratio, quia ipse uidetur tulisse sententiam. ponitur deinde ratio ibi, nam & generaliter is, erit prouocandus: is, puta princeps, ab eo, cui mandata est iurisdictio, ab eo hoc est Sempronio delegato subditur, qui prouocaretur ab eo qui mandauit: qui, puta princeps, ab eo, hoc est à Titio ordinario. Iul. clarè explicasti, legem illam, & mihi iam persuasum est, à nemine delegato posse delegari. Fab. ita proculdubio est.

9 Iul. sed aliquantulū uidetur obstare † tex. in l. unica. C. qui pro sua iurisdictione. in fi. ubi, si iudices à principe dati, causam alicui delegant, appellationum iudicia remeant ad eos delegātes, non autem ad principem. Fab. si legis ibi literam ad eos, certè obstat, sed non ita legendum est. legito enim ad nos: hoc est ad principem. & ita glos. intelligit, dum dicit alias, ad nos: Quod autem legendum sit ad nos, non autem ad eos, facile ex supradictis perspicitur. nam si delegatus à principe subdelegat, subdelegatus nihil proprium habet, sed mandantis iurisdictione utitur. d. l. 1. §. qui mandatam. ff. de offic. eius. quando igitur subdelegatus fert sententiam, eam fert uti instrumentum subdelegantis, & est perinde ac si delegans tulisset: nam qui facit per alium, est perinde, ac si per se ipsum faceret. d. regul. qui facit per alium, de reg. iur. in sexto. & supra demonstratum est. Quando igitur appellatur à subdelegato, est perinde, ac si à subdelegante appellaretur: absurdissimum igitur foret, si is, à se ipso prouocaretur, prouocandus est, igitur princeps etiam à subdelegato. Iul. bene ueteri prouerbio dicitur, ueritas est filia temporis quia in hunc diem supradictorum ueritas inter spinas latuit: & uero omnia, quæ dicuntur, sunt consentanea: quæso collige ex supradictis conclusiones. Fab. morem tibi geram, audito. Nemo potest iurisdictionem sibi mandatam alteri mandari: proprium nihil habet. Is cui mandata est iurisdictio, non suo, sed alieno beneficio, ea duntaxat utitur. Præsides, aliique ordinarij iudices, non alieno, sed suo beneficio iurisdictionem habent. & beneficium alienum est, quòd alij conceditur, non quod alius alicui concedit. Non omnes magistratus, sed hi dūtaxat possunt dare iudicem, quibus lege expressa, uel tacita, uel senatusconsulto, seu principis constitutione concessum est. Legatus procōsulis, propriam habet iurisdictionē & ideo eam mandare potest. Iudex à principe datus habet propriam iurisdictionem sicut ordinarius, & uterque potest alteri mandare, & in hoc alter ab altero non differt.

Summarium

1 *Casus.* §.
2 *Verba, si heres non erit quomodo intelligantur.*
3 *Via media quando est tenenda.*
4 *L. si paterfam. ff. de hæred. inst. declaratio.*

LXXXV. DECLARATIO §. si. Institut. de uulga. substit.

Emini me bis publice legere hūc §. & inuitus ferè secutus sum, & glos. & aliorum intellectum, sed nunc tertium legens hunc. §. non poteram communi intellectui assentire: quamobrem animo reuoluens, & hunc. §. & l. si paterfamilias. ff. de hæred. insti. inueni tandem, ut arbitror, uerum ac sine ambagibus huiuscemodi. §. sensum. Erit igitur
1 huius. §. species talis facti. Testator † quidā instituit seium seruū Sempronij, quem arbitrabatur esse patremfamilias, idest hominem liberum: deinde ei substituit inquiens, si Seius mihi hæres non erit, Meuius mihi hæres esto: Mortuo testatore, Sempronius dominus iussit seruum suum adire hæreditatem, ille adijt, quapropter Sempronius putabat totam hæreditatem sibi per seruum acquisitam. Meuius uero substitutus adiuit & ipse etiam hæreditatem, dicens eam ad se iure substitutionis delatam esse: illis e-
2 nim uerbis dicebat ipse, † si hæres non erit, in homine libero nil aliud intelligitur significare, quam si hæreditatem uel sibi non acquisiuerit, uel mutata conditione, idest, postea in seruitutem reductus, alium per semetipsum hæredem non fecerit. l. si paterfamilias

familias.ff.de hæred. insti. & l. cum proponas.C.eo.ibi, per semetipsum hoc est ministerio suo,arg.l. quod meo.ff. de acqui. possess. sed Seius seruus, quem testator credebat esse ingenuum,nec sibi hæreditatem acquisiuit, nec postea factus seruus alium fecit hæredem:extitit igitur conditio,sub qua facta est substitutio, meritò igitur ad me spectat hæreditas, dicebat substitutus. At Sempronius contra asserebat, hæreditatem sibi omnino aditione serui acquisitam: hoc enim sermone, si hæres non erit, in eo qui nere est seruus, nil aliud significare intelligitur, quam si alium hæredem non fecerit sua aditione, uel postea mutata conditione, idest effectus liber, ipse hæres non erit: sed seruus iussu meo adiuit hæreditatem, & ita alium fecit hæredem,& sic defecit conditio sub qua fuit substitutio concepta,consequẽs igitur est.Meuium substitutum esse reijcien dum, & ad me omnimodo integram pertinere hæreditatem. Imperator uisa con trouersia ista, eundem Meuium in partem esse admittendum constituit, tenens me-
3 diam quendam uiam: id † quod faciendum est, quando hinc inde sunt urgentes rationes, ut erant in hoc.§. & not. in.l. nesennius.ff.de neg. gest.

Quærit glos. in quotam partem sit admittendus Meuius? respondet hæreditatem diuidendam esse in duos semisses, & iterum alterum semissem diuidendum inter Sempronium dominum serui, & Meuium substitutum. Rursus quærit, quid de altero semisse faciendum sit? respondet dandum esse dominum Seij, cum re uera esset seruus, licet testator opinatus fuerit, eum esse liberum, ueritas enim, inquit glos. opinioni præferenda est & ut ita glos. decideret, fuit in causa.l.si paterfamilias.ff.de hæred.insti. in qua tempore glos.deficiebat uerbũ quoddam, ut statim dicetur. Huiusmodi glos. & Doc.intellectus mihi nequaquam placet, nec ex tex. eliei potest. si enim hoc uoluisset Imperator,utique dixisset,sicut Iulianus expressit in d.l. si paterfamilias. Erit igitur alter uerus,& simplex intellectus in quo nihil subintelligendum est: is talis est, Imperator dicit Meuium substitutum in partem admittendum, dicas tu, in partem scilicet dimidiam hæreditatis, partis enim nomen si non fuerit portio aliqua adiecta; dimidiũ intelligitur.l. nomen filiarum.ff. de uerbo. sig. quamobrem in.§.nostro tota hæreditas diuidenda est in duas partes, quarum una Sempronio domino serui, altera Meuio substitutio danda est. & si hoc modo intelligatur sensus erit planus, & nihil erit sub intelligendum, cessabuntque scribentium opiniones,quærentium quid de altero semisse faciendum sit?

Nec obstat sententiæ nostræ decisio Iuliani in.d.l.si paterfamilias. à qua glos.fuit decepta. ibi nam species facti longe distat à casu.§. nostri. Hic enim fuit solus Seius seruus Sempronij institutus, nullo sibi dato cohærede,solusque Meuius fuit substitutus, & propterea Meuius substitutus in dimidiam partem totius hæreditatis, admitti-
4 tur. In †.l. uero si paterfamilias, fuit institutus Titius seruus,quem credebat testator esse ingenuum, eique Sempronius datus est cohæres in institutione,siquidem & Sẽpronius & Titius simul fuerunt instituti: deinde testator eundem Sempronium cohæredẽ substituit eidem Titio, inquiens, si Titius hæres non erit, Sempronius, scilicet eius cohæres, esto hæres:& licet Titius iussu domini adiuerit hæreditatem, tamen Iureconsultus dicit, Sempronium esse admittendũ in partem hæreditatis, per rationes ibi positas, de quibus supra diximus. Deinceps declarans partem inquit, hoc casu duo semisses fiant, ita ut alter semis integer detur Sempronio cohæredi, uirtute institutionis, fuerat enim cum Titio institutus: alter uerò semis inter dominum serui, & eundem Sempronium substitutum æquis portionibus diuidatur. & sic, ut uides, neuter semis remanet indiuisus: frustra igitur glos. & scribentes dubitant, quid agendum sit de altero semisse, cum sit ipsius Sempronij cohæredis, uigore institutionis, ut dictum est, intellige in casu.d.l.si paterfamilias. At in.§.nostro,non fit huiusmodi diuisio, propterea quod Meuius substitutus non potest percipere alterum semissem, uirtute institutionis, cum non fuerit scriptus cohæres serui, ut fuit in.d.l. si paterfamilias. Glos. & scribentes non ab re dubitant, si quidem in codi-

in codicibus, qui eo tempore erant in.d.l.si paterfamilias, deerat una dictio, uidelicet cohæredem. scriptura enim ita legebatur, si pater familias Titium quem ingenuum esse credebat, hæredem scripserit, eiq; si hæres non esset Sempronium substituerit. in qua scriptura, ut apparet, deficiebat dictio cohæredem: erit igitur integra scriptura, Sépronium cohæredem substituerit. hæc igitur dictio, si deesset dubitationes scribentiũ meritò procederent, sed cum in integris codicibus adsit, omnino eiusmodi dubitationes abiicit. In.§.de quo nunc agitur, fuit scriptus hæres seruus putatiuus. quem testator ingenuum esse credebat, nullo ei dato cohærede, meritò igitur dominus serui, in partem dimidiam totius hæreditatis admittitur, Sempronius uerò substitutus in alterã dimidiam, & ex supradictis post hac apertus, & sine dubio erit sensus.d.l.si paterfamilias, &.d.§.fin. Volui uidere multos codices impressos, & in omnibus ea dictio cohæredem desideratur, tandem, mihi anxio & quęrenti, ostensus est Codex quidam antiquissimus manuscriptus, in quo illa dictio cohæredem inerat, maxima lætitia affectus, & Deo, & amico mirificas egi gratias. nã quod ingenio meo arbitrabar ita legendum, re ipsa póstea apparuit uere ita esse. hac igitur dictione adiecta, liberamur ab ambigua quæstione glos. & Doct. de altera semisse ut supradictum est.

Summarium

1 *Dominus quo nam modo potest seruo suo dare libertatem. & nu. 2.*

LXXXVI. DATIO LIBERtatis in §.1.Instit. de libert. quomodo intelligatur declaratio.

IMperator in.§.1.Inst. de libert. diffiniẽs manumissionem, in hæc uerba ait, manumissio est datio libertatis &c. quærit ibi
1 glos. † quo nam modo dominus possit seruo suo dare libertatem? aut enim inquit ipsa, dat illam quam seruus habet, & tunc nõ recte dicetur dare: quod enim cuiusq; est, ei amplius dari minime potest. §.sic itaque, Inst. de actio. aut dat quam ipse dominus habet, & tunc cum non habeat nisi unam, ipse profecto sine libertate remanebit, id quod recipiendum non est. aut dat quam ipse non habet, & hoc multo minus admittendum est, nemo enim dat, quod non habet.l.traditio.ff.de acquiren. rer. dom. In huiusmodi igitur controuersia, glos. audacter ait, dominum dare, eam quam non habet: asserit enim plerunque contingere, ut quis det quod non habet. ad hoc citat.§.1.Inst. quibus alien. licet uel non. ubi creditor alienat rem, quam ipse non habet, hoc est pignus. sed hoc nihil obest, ibi enim debitor, hoc est dominus rei alienare intelligitur, cum creditor uoluntate debitoris pignus alienet, ut ibi Imperator ait. allegat etiam ad hoc alia iura, sed in eis diuersa est ratio, in omnibus enim legibus, ubi quis dat quod suum non est, semper res quæ datur extat, hoc est proprium habet esse, quamobrem dari potest.

2 Sed libertas est quædam qualitas, quæ sine subiecto esse minime potest.l.2.ff. de usufruct. qualitatis enim esse, est in subiecto esse, ut ait philos. necessarium est igitur libertatem, cum sit qualitas, in aliquo existere subiecto. si igitur dominus dat seruo libertatem, quam ipse non habet, necesse est ut sit in alio homine, ut in subiecto, si hanc igitur dominus dare intelligitur, ergo ille homo, cui ea inerat, sine libertate remanebit: id quod nemo reciperet.

Sed dicet quispiam, potest quis dare rem, quæ in proprio suo esse, non existit: exempli causa, dominus fundi usumfructum formalem non habet, nec is est in proprio esse, tamen illum alii concedere potest.l. quod nostrum.ff. de usufruct. dicas, dominum fundi habere usumfructum causalem l.si cum testamentum.ff. de execut. rei iud. & ibi not. & per consequens habet causam per quam usumfructum dare potest. usufructus enim in eo fundo & si non actu saltem potestate inerat: quemadmodum ignis in ligno, & si non actu, potestate tamen inest, qui ab homine per alium ignẽ in actu deduci potest. Dato igitur alicui usufructu, fundus profecto sine eo remanebit, qui prius in eo potestate inerat.

Sed

Sed dicas obsecro, libertas illa quam dominus seruo præstat, ubi nam uel actu uel potestate erat? si dicas in aliquo homine fuisse, uti est usus fructus in fundo, ergo ille homo sine libertate, quemadmodum fundus sine formali usufructu remanebit, id quod quam sit absurdum, tu ipse diiudicato.

Quamobrem omissis his, quæ ab alijs dicuntur, tu clarius dicito, sed prius claro exemplo opus est. quemadmodum enim saxo naturalis motus inest, quem nemo ab eo ita auferre potest, quin uel actu, uel saltem potestate in sit, id enim quod alicui rei à diuina prouidentia tributum est, tolli nequaquam potest. §. sed naturalia. Inst. de iut. na. gentt. & ciuil. & § fi. Inst. de leg. agna. tutel. clare id paret in saxo, & in igne illi enim deorsum, huic autem sursum ferri naturale est, hoc profecto nullo modo tolli potest. Arist. 2. Ethic. cap. 1. potest tamen res aliqua saxum impedire, ne motu naturali deorsum feratur Finge enim saxum super columna manere, tunc non habet naturalem illum motum actu, si quidem ab ipsa colũna deorsum moueri prohibetur, tamen potestate motum illum habere dicitur: unde si quispiam columnam subtrahat, illico naturali motu, quem potestate habebat, actu mouetur, & is qui columnam remouet dicitur mouere saxum, licet corpore illum non
2 tangat. Arist. 8. Phy. Ita † & homini naturalis libertas inest. §. 1. Insti. de libert. inest inquam adeo, ut nemo ipsam penitus auferre possit, cum natura ipsi homini tributa sit. arg. d. §. sed naturalia. potest tamen prohiberi, ne actu eam exerceat, hoc est ne possit facere quod ei liber, atque is qui ita prohibetur, libertatem actu minime habet: iure igitur seruus appellatur, habet tamen eã potestate, cum ut dictum est penitus auferri non possit, perindeq; est, ac si quis, prohiberet citharædum, ne citharam pulset: huiusmodi autem prohibitio, non potest artem, hoc est habitum pulsandi citharam, tollere, quominus eam potestate retineat, sed dumtaxat facit, ne citharædus actu citharam pulset. Hoc idem & in libertate euenit. nam licet quis naturali libertate uti prohibeatur, tamen potestate eam habet. id autem quod prohibet hominem naturalem libertatem exercere, est domini potestas iure ipsi domino tributa: nam quemadmodum columna, supra quam est saxum, prohibet ne illud deorsum moueatur, ita domini potestas prohibet ne aliquis sua naturali libertate utatur, exerceatq; : & quemadmodum, is qui remouet columnam supra quam manet saxum, dicitur mouere saxum, licet manu ille non tangat. Ita si dominus, qui potestatem suam, qua aliquis prohibere naturali libertate uti, à se remouet, dicitur dare libertatem. & hoc modo, uerba illa intelliguntur, uidelicet manumissio est datio libertatis. non autem, ut alii intelligunt, uidelicet, ut det suam, ut quam non habet, id quod minime stare potest, ut supra demonstratum est.

Summarium

1 *Finis cogitationis, est uerum.*
2 *Facere, agere, & operari, quid.*
3 *Narratio, & petitio est actio. Et est duplex.*
4 *Actiones compositæ, quæ. Et quæ solemnes nu. 5.*
Et cur actiones legis dicuntur nu. 11.
Fasti, & Nefasti dies, qui.
6 *Actiones compositæ sunt iuris. & nu. 13.*
7 *Ius, & iustum, idem. Et ius est ordinatio ciuilis societatis.*
8 *Libellus, quid.*
9 *Actio quomodo editur. Et quomodo ostendat speciem futuræ litis nu. 10.*
Comercia hominum duplicia.
12 *Ordo agendi in iudicio antiquus. Et form.*

LXXXVII. DECLARATIO
l. Edita actio. C. de edend.

Interlocutores.
Iulius, & Fabius.

Fab. salue mi Iuli. Iul. ò, teipsum quærebam. Fab. quid est, quod me uelis? Iul. ut liberes me à sollicita quadam cogitatione. tota enim hac nocte laboraui, ut possem uerum sensum. l. edita actio. C. de eden. inuenire. Fab. es ne assecutus, quòd cupiebas? Iul. uideor mihi intelligere eo modo quo Doctores declarant, sed animus non acquiescit. Fab. non inuenisti igitur uerum sensum. nam † finis cogitationis est ipsum
1

sum uerum, quo inuento intellectus quiescit. Iul. ea de re arbitror, illum non esse uerum. si bene memini iam quartus annus agitur, cum illam publicè declarasti, & ego quibusdā impeditus negotijs, interesse minime potui, ideo si tibi molestū non est, cuperem super hoc audire sententiā tuā. Fab. morem geram uoluntati tuæ. & ut recte intelligas, paulo altius repetendum est. Iul. repete obsecro, ego tacitus auscultabo. Fab. nolim cum muto loqui: si quid dubij tibi occurrerit, interpellato. Iul. faciā, postquā ita uis. Fab. Sciendum est igitur tria reperiri uerba, quibus omnis nostra operatio significatur: operor operaris, facio facis, & ago a-
2 gis: & ex his tria nomina oriuntur, † operatio, factio, & actio. Iul. quonam modo inter se differunt hæc? Fab. operari, uti genus, & facere, & agere continet: & operatio uti genus, continet factionem & actionem. Iul. ergo omnis factio est operatio? Fab. est, sicut omnis homo est animal. Iul. & omnis actio est operatio? Fab. certe. Iul. in quo differt facere, ab agere? Fab. quod facere dicimur quando operatio in materiam exteriorem transit, & remanet aliquod opus factū. Iul. non bene capio. Fab. exemplo igitur agatur, quando faber ædificat ædes, dicitur facere: quia operatio non remanet in ipso, sed transit in materiam exteriorem: & illa operatio dicitur factio, & remanet opus, hoc est ædes. Iul. ergo qui secat, urit, arat, plantat uineam, scribitque dicitur facere? Fab. maxime. Iul. quando quis dicitur agere? Fab. tunc quando operatio in materiā non transit exteriorem & nullum remanet opus. exempli causa, qui cum amico loquitur, agere dicitur: & non facere, & ipsamet locutio est actio, non autem factio. ex Aris. 2. & 6. Ethic. & ibi Sanctus Thomas. Iul. ergo si quis loquitur, narrat, petitq; dicetur agere, non autem facere? Fab. ita est.

Iul. quorsum hæc? Fab. audi nunc, fateris
3 ne eum qui † narrat, seu petit, agere, non autem facere? Iul. prorsus. Fab. si tu petis ab amico tibi equum accommodari, diceris ne agere, uel facere? Iul. dicor agere. Fab. & illa petitio tua, est ne actio, an factio? Iul. actio profectò. Fab. oportet igitur te fateri, omnem nostram narrationem, omnemq; petitionem esse actionem. Iul. ita est. Fab. capias igitur actionem, uti genus, diuidasq; in duas partes, in iudicialem scilicet, & extra iudicialem. Iul. quæ nam est extra iudicialis actio? Fab. quicquid agis extra iudicium, quicquid petis ab amico, & mille eiusmodi. Iul. & iudicialis? Fab. omnis narratio, omnisque petitio facta coram iudice, dicitur iudicialis. Iul. ergo si peto examinari testes, huiusmodi petitio est actio? Fab. quid ni? factio non est, cum nullum opus remaneat: erit igitur actio, omnis enim operatio, aut actio, aut factio est. Iul. ergo si peto publicari testes, cōcludi in causa, ferri sententiam, & huiusmodi, omnes hæ petitiones erunt actiones? Fab. atqui, cū non sint factiones. Iul. loquitur ne Imperator de huiusmodi actionibus, Insti. de actio? Fab. minime. nam his actionibus nō petimus, quod nobis debetur. Iul. de qua igitur loquitur actione? Fab. de ea, qua petimus coram iudice, quod nobis debetur. Iul. & Imperator hic, de qua actione dicit? Fab. ut habeas ueram huius legis intelligentiam, attentè auscultato. Exactis urbe Roma regibus, fuerunt missi decemuiri, per quos peterentur leges a græcis ciuitatibus, hi tulerunt Romam e Græcia leges in decem tabulis eburneis præscriptas, duæ deinde aliæ additæ fuerunt, & ita ex accidenti appellatæ sunt leges duodecim tabularum. quibus legibus latis, interpretatio desiderabat prudentum authoritatem, eaque prudentum interpretatio communi nomine appellabatur ius ciuile. deinde ex his legibus, eodem tempore actiones compositæ sunt. Iul. ignosce si interpello, Imperator ait actionem esse ius, si ius, ergo est incorporea, & quod incorporeum est, componi non potest? Fab. subtilis profecto obiectio, sed non obest: non ne stipulatio est ius. l. si unus. §. pactus ne peteret ff. de pact. & tamen est composita uerbis solemnibus. §. sed hæc solemnia. Inst. de uerb. oblig. & l. 5. ff. eo. ubi dicitur stipulationem esse uerborum conceptionem. & sic erat cōposita, quamuis esset ius Iul. quid tum? Fab. ita actiones, quamuis sint ius, erant tamen cōpositæ, ut asserit Pomp. in. l. 2. ff. de orig.
4 iur. † erat. enim quædam narratio suis uer-

bis composita, quibus negotium de quo agebatur apte concinneque exprimebatur. Iul. à quibus fuerunt compositæ? Fab. à prudentibus illis, qui leges duodecim tabularũ interpretabantur: & id factum est, ut illis inter se homines disceptarent. d.l.2. Iul. ignosce quæso, si ita est, ergo illa narratio negotij aptis uerbis composita, est actio? Fab. existimas ne tu esse factionem. Iul. minime, ea enim operatio est factio, ex qua remanet opus, ut paulo ante dixisti. Fab. si fateris nõ esse factionem, necesse est, ut fatearis esse actionem, quia omnis nostra operatio, aut est factio, aut actio, ut paulo ante dictũ est. Iul. ergo si actiones sunt narrationes, populus poterat, prout uolebat eas instituere? Fab. nequaquam nam illi prudentes certas
5 & † solennes esse uoluerunt. noluerũt enim omnibus diebus posse fieri in iudicio eiusmodi narrationes, hoc est actiones, sed uoluerunt esse certos dies, quibus posset lege agi, hi autem dies erant in libris descripti, qui dicebantur fasti. Iul. sed ubi nam possum hæc inuenire? Fab. apud Ciceronem pro Murena, ubi in hæc uerba ait, posset agi lege, nec ne, pauci quondam sciebant: fastos enim uulgo non habebant: erant in magna potentia, qui consulebantur, à quibus etiã dies tanquã a Chaldæis petebãtur.

Iul. qui dies? Fab. dies, quibus licebat in iudicio lege agi: & uocabantur fasti dies & hi quibus non licebat lege agi, nefasti. Vnde Ouidius.

Ille nefastus erit, per quem tria uerba silentur.

Fastus erit, per quem lege licebat agi.

Iul. qui erant hi a quibus petebãtur dies? Fab. erant Pontifices minores. nam & actiones, & hi dies apud collegium Pontificum erant. d.l.2. ex quibus constituebatur quis præesset priuatis negotijs. Iul. ergo actiones eo tempore non erant solennes, quo ad uerba? Fab. minime, sed quo ad dies tantum. Deinde [ut ibidem Cicero ait] inuentus est scriba Gneus Flauius, qui cornicum oculos confixit, surreptum librum populo tradidit, & singulis diebus ediscendos fastos populo proposuit, quo facto omnes sciebant, quibus diebus liceret agi lege. Iul. ergo sine Iurisconsultorum opera, poterat populus mouere actiones? Fab. poterat, sed audi quid subdit Cic. itaque irati illi, sunt ueriti, ne dierum ratione promulgata, & cognita, sine sua opera lege posset agi, notas quasdam, hoc est formulas, seu primas dictionum literas composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent. hæc Cicero. Iul. potest ne hoc lege probari? Fab. certe. nam Põpo. in d.l.2. ait, postea Appius Claudius ad formam redegit has actiones: ad formã scilicet solennem. erant enim uerba concepta, hoc est ita composita, ut mutato uno, ex illis etiam minimo, uel etiam syllaba, frustra ageretur, repellebantur enim à iudicio, quamobrem eis, qui acturi erant, necesse erat, ut ab illis formulas illas, hoc est actiones impetrarent, & perinde ut in illis scriptum erat, adamussim agi oportebat, & si una syllaba deerat, uel addita esset, cadebat à causa. l.1. C. de formul. sub. & ibi glos. 2

Iul. & quid si non impetrassent ab illis actiones, sed ipsemet actor scripsisset, fortè quia eas tenebat memoria? Fab. obstabat exceptio non impetratæ actionis. l.2. C. de form. Iul. quomodo cognoscebatur, esset impetrata, nec ne? Fab. ille, a quo impetrabatur subscribebat nomen suum, ut fit hodie in bullis, quæ à Pontifice impetrantur. Iul. dicas obsecro, formulæ illæ erant ne actiones? Fab. nihil minus, sed eis actiones, uerbis suo negotio aptis continebantur. Iul. hu
6 iusmodi † autem actiones erant facti, an iuris? Fab. iuris, ut patet in d.l.2. §. deinde ex his. ibi, & apppellatur hæc pars iuris, legis actionis: idest legitimæ actiones subdit deinde, & ita eodem fere tempore tria hæc iura nata sunt, scilicet, leges duodecim tabularum: ex his fluere cæpit ius ciuile, hoc est illarum legum interpretatio: ex eisdem legibus, actiones compositæ sunt: & sic actiones appellantur ibi iura. Iul. si ita est, ergo illa actio composita est ius? Fab. est utique, ut patet in d.l.2. & Imperator in prin. de act. Insti. posuit diffinitionem. Iul. ergo actio de qua Imperator, est eadem cum illa, de qua Pompo. in d.l.2 Fab. est eadẽ, & capitur uti genus. Iul. non percipio, quomodo actio dicatur ius, quæ, ut tu ais, est narratio, seu petitio quædam composita, & in formulã uerbis cõceptis, & proprio negotio accommodatis, te-

datis,redacta. Fab. lege duodecim tabularum,non ne erãt compositæ uerbis, & in tabulis scriptæ.d.l.2. de orig. iur? & tamen leges illæ dicebantur ius.d.l.2.§.deinde,ibi tria hæc iura.Item omnes leges sunt compositæ uerbis, & scriptæ, & tamen dicuntur ius.§.scriptum:Insti.de iur.nat.gen.& ciuil.

Iul.adhuc non capio, quid est istud ius?

7 Fab.† ius & iustum idem sunt,sed ius dicitur per apocopen, remota enim syllaba tum, à iusto,remanet ius: ponitur ergo ius pro iusto,sicuti dic pro dice, fac pro fac. Iul.quid igitur est ius, seu iustum? Fab. ius est ordinatio ciuilis societatis,Arist.1.Polit. & omnis ordinatio ciuitatis pro conseruatione reipublicæ,est ius ciuile.§.nam quod. Insti. de iur.natu.gen.& ciuil.& Aristo.5.Eth.ait, ea,quæ à legum latrice facultate sunt diffinita, hoc est ordinata,legitima sunt,& horum unumquodque iustum dicimus esse. Iul. ualet ne hæc consequentia, est ordinatio seu constitutio ciuitatis uniuersalis pro cõseruatione reipublicæ facta, ergo est ius? Fab. sine dubio. Iul.ergo iter,quod est ius eũdi,& ususfructus,qui est ius utendi, fruendi, est ordinatio ciuilis societatis? Fab. certe. nam ciuitas ordinauit,ut quis possit per fundum alienum ad fundum suum uicinum, domino concedente,seu permittente,ire agere. Item ciuitas ordinauit,ut quis possit, uti frui re aliena,idcirco iter,& ususfructus dicitur ius. Inst.de seruit.Iul.& quid si non tota ciuitas,sed plebs,seu Senatores, seu Prætores, aliquid constituissent, illa constitutio est ne ius? Fab. est profecto, nam licet ipsa ciuitas non constituerit,tamẽ comprobauit, & ita est pars iuris ciuilis.§.constat autem,cum sequen.Insti. de iur. nat.

Iul. forte uerba, quæ dixi non explicant adhuc sententiam meam,ego autem uolebã à te hoc petere,an illa scriptura, illaque formula ad quam Appius Claudius, & Sextus Elius, alijque actiones redegerunt, sit ius, nec ne? Fab.scriptura illa non est ius, sed illa concinna negotij narratio à ciuitate ordinata,seu approbata dicitur ius: potest tamẽ scriptura,quæ tales actiones continet, appellari ius,quemadmodum ille liber,quem Gneus Flauius populo tradidit, appellatur ius,eo quod continet actiones, quæ,ut dictũ

8 est,sunt iura.d.l.2. Iul.illa † scriptura, quæ continet formulam actionis, hoc est ordinationis solennis, appellatur ne alio nomine? Fab. libellus dici solet, eo quod sit paruus liber.

Iul. lex edita actio.C. de eden. loquitur ne de huiusmodi libello? Fab. ita Doctores sentiunt ego uero non ita,aliud enim est libellus,aliud actio,in libello enim actio editur.l.1.ff de eden.ibi.n. Vulpianus ait, prius edendam esse actionem. deinde in uersiculo edere, declarans quomodo edatur actio, ait,edere actionem,est eam in libello complecti,uel dictare hoc est uoce exprimere.

9 Iul.& quomodo † sunt exponenda uerba illa,scilicet,edita actio. Fab edita actio, hoc est,edita formula narrationis, seu petitionis,negotio de quo agitur consentanea. Iul. & huiusmodi formula potest edi sine scriptura,hoc est sine libello? Fab. certe. nam & uoce, edi potest.l.1.ff. de eden.§ edere, ibi, uel dictare. & ibi, uel id dicendo, quo uti uelit potest etiam, & in libello complecti,quare non sequitur actio est edita, ergo in libello. Iul. qua ratione exponunt scribẽtes,actio,idest libellus? Fab. quia interdum ponitur continens pro contento: quemadmodum si diceretur carmina Virgilij edita, & aliquis exponeret,idest liber Virgilij editus:& perinde est,ac si exponeres, edito uino,hoc est dolio,quæ interpretatio in casu nostro non est facienda,cum possit exponi, edita actio,idest edita formula,hoc est compositio uerborum,quibus narratio negotij, seu facti exprimitur. Iul. si actio est ius, quomodo potest edi, est enim incorporale? Fab. si ius, ut dixi, est ordinatio ciuitatis, non ne illa ordinatio potest edi, idest demonstrari scriptura? sicut totum ferè ius ciuile demonstratur scriptura.§. constat. Institu. de iur. nat. & ius non scriptum, non ne potest uoce demonstrari? Iul. negari non potest. Fab. ita & actio,licet sit ius, cũ sit narratio quædam à lege ordinata, potest & uoce, & libello edi.d.l.1.ff.de eden.

10 Iul. quomodo † actio edita ostendit speciem futuræ litis. Fab. ut bene intelligas, scito omnia commercia hominum, quædã fieri sponte nostra,& quædam nobis inuitis. commercia, hic pro usu & consuetudine

 accipimus.

accipimus. Iul. quæ sunt commercia, quæ sponte nostra fiunt? Fab. emptio, uenditio, locatio conductio, mutuum, depositum fideiussio, & huiusmodi, & contractus illi innominati: do ut des: facio, ut facias: & do ut facias. Iul. & quæ sunt quæ nobis inuitis fiunt. Fab. furtum, adulterium, beneficium, lenocinium, seruorum seducto, cædes cum dolo, falsum testimonium, rapinæ conuitium, iniuriæ, & huiusmodi. hæc ex Arist. in 5. Ethic. & ex toto corpore iuris colligi possunt: & quot sunt commercia, tot sunt facti species. Iul. quorsum hæc. Fab. unaquæque narratio cuiusque commercij propriam certamque habebat formam, quæ narratio, ut sæpius dixi, est actio: narrare enim non est facere sed agere, & consequenter narratio est actio, quæ composita a ciuitate, uel à sapientibus dicitur ius. d. l. 2.

11 Iul. quamobrem † dictæ formulæ dicuntur legis actiones. Fab. ad differentiam actionum hominis. actio enim hominis priuati non est ius, cum non sit ordinatio ciuitatis, sed eam unusquisque suo arbitratu ordinat componitque: actiones uero legis, id est legitimæ actiones (ita Iureconsultus in d. l. 2. exponit) idcirco ita appellãtur quod à legumlatrice facultate sunt diffinitæ & ordinatæ, & ea quæ sunt a lege ordinata, dicuntur iusta. 5. Ethi. hanc ob causam huiusmodi actiones, dicuntur ius. Iul. Videris mihi uarius, nam modo appellas actiones, modo narrationes, modo petitiones. Fab. non ne idem actus uocatur arrogario, & adoptio. Inst. de adop. nam arrogatio est uti species, adoptio uti genus: & tamen modo adoptio, modo arrogatio uocatur? Ita in proposito actio in iudicio capitur uti genus, narratio & petitio sunt illius species, & nũc suo, nunc generis sui nomine appellantur unusquisque enim qui in iudicio agit, narrat, petitque: & quia narrando agit, idcirco illa narratio dicitur actio: & qui petit etiam agit, ideò illa petitio dicitur etiam actio. Non refert igitur siue appelles actionem, siue narrationem, siue petitionem in iudicio sed ideo à scribentibus appellatur actio, quia sub ea continetur narratio & petitio, & ita uno nomine ambæ continentur. Iul. eiusmodi formulæ, quæ ut dixisti, erant penes Pontificum collegium, tenebantur ne memoria, aut erant in libro descriptæ? Fab. erant seriatim descriptæ in libro, quorum capita, siue principia hæc fortasse erãt, Formula actionis empti: formula actionis mutui: formula actionis fideiussionis: formula actionis locationis: formula actionis conductionis: formula actionis furti, uel condictionis furtiuæ: formula actionis iniuriarum: formula actionis ui bonorum raptorum: formula actionis præscriptis uerbis si ue in factum, quæ erat communis quatuor illis contractibus innominatis. Iul. quare appellatur actio præscriptis uerbis, & in factũ, memini te alias dicere: sed quamobrem ita seriatim erant descriptæ? Fab. quia

12 † quando puta Sempronius, erat moturus controuersiam, puta Titio, accedebat ad illum Pontificem, penes quem erat liber ille, dicens, ego uendidi Titio fundum in agro Sabino centum aureis, illumq; ei tradidi, at ille sæpius amicè requisitus differt soluere pretium, quamobrem cupio abs te impetrare formulam qua possim in iudicio persequi illa centum mihi debita: tunc Pontifex ille audita facti narratione, secum dicebat, huiusmodi conuentio est uenditio, & ideo tradenda est huic formula actionis empti. mox aperto libro, illam ad uerbum, & ad syllabam exscribebat, scriptamq; suppliciter impetranti tradebat. Iul. quid deinceps agebat ille qui huiusmodi formulam impetrauerat? Fab. accedebat ad suum iudicem coram quo illam formulam offerebat ei, cum quo controuersiam erat habiturus, ut hodie dicitur in Auth. offeratur. C. de lit. contesta: & aduersarius accepta formula accuratè animaduertebat, nunquid in illa, aliqua deesset syllaba, uel mutata esset. Iul. quamobrem id faciebat? Fab. ideo quod dempta uel mutata minima syllaba, cadebat à causa. l. 1. C. de for. sub. & ibi not. Iul. duriusculum est hoc. & quid si loco, &, apposuisset atque? Fab. cadebat à causa. Iul. & si formula ad unguem erat, prout in libro, quid faciebat aduersarius? Fab. opponebat exceptionem non impetratæ actionis. Iul. ergo si actor manu sua ad unguem, ad amussimque scripsisset formulam, & ideo

& ideo à Pontifice non impetrasset cadebat ne à causa? Fab. cadebat. Iul. quomodo fuisset ne impetratam, an non, constabat? Fab. pontifex ille apponebat signum aliquod, quo fortassis significabatur formulã esse legitime impetratam. Iul. obseruantur ne hodie huiusmodi formulæ? Fab. obseruantur, sed sublata est illa syllabarum aucupatio, illaque non impetratæ actionis exceptio. sufficit enim ut quis narrationem rei, negotioque de quo disceptandum est, consentaneam proponat. l. 1. 2. C. de form. subl. & cap. dilecti, de iudi. Iul. si me memoria non fallit: & hodie reperitur liber quidam, qui uulgo Pratica Papiensis appellatur, in quo uidi legique huiusmodi formulas descriptas. Fab. non te fallit. Iul. hæ formulæ sunt ne ius, sicut & antiquæ? Fab. prout sunt compositæ ab homine priuato, non sunt ius: ius enim est ordinatio ciuitatis, non priuati hominis, ut. 1. Polit. & iã dictum est, sed quia sunt approbatæ a ciuitate dicuntur ciuiles, quemadmodum iuris gentium obligationes dicũtur ciuiles, quod à ciuitate sunt comprobatæ. §. omnium. Insti. de obliga. si sunt approbatæ, est perinde ac si fuissent à legumlatrice facultate inuentæ, & hac ratione dicuntur ius: omnis
13 enim narratio, seu petitio, quæ generis nomine appellatur actio, si fiat in iudicio ad persequendum quod nobis debetur est ius. Iul. si ego in iudicio coram iudice narro, quemadmodum ego uendidi Titio fundum gabinianum centum, illumque ei tradidi, & ideo peto illum condemnari ad dandã mihi dicta centum, hæc narratio & petitio, erit ne actio? Fab. erit nam ut sæpius dictum iam est, narrare, & petere est agere, non autem facere, & per consequens narratio & petitio est actio: & huiusmodi actio, hodie est ius quia approbata est a ciuitate. Iul. ex supradictis satis iam constat conuentionis seu commercij narrationem a legumlatoribus compositam esse actionem, cum non sit factio. & licet ego non dubitem, posset aliquis dicere, si talis narratio est actio, & actio est ius ut Institu. de actio. in prin. ergo per consequens narratio est ius? Fab. sine dubio. Iul. narrare nõ ne est facti. l. consilio in fi. ff. de cur. furio? Fab. est profecto. Iul. ergo & narratio est facti. Fab. cauillatio est hæc, nam aliud est ipsum narrare, aliud ipsa narratio. narrare enim ut ais est facti, narratio uero ut supra a legumlatoribus composita, est ius, ut supra dictum est: quemadmodum emere & uendere est facti. d. l. consilio. ipsa uero emptio & uenditio, idest contractus, est iuris, ut. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Iul. satis hæc placent, uelim nunc scire, an actio & causa sint idem? scribẽtes enim uarij sunt siquidem in. §. 1. Insti. de actio. alij dicunt esse idem: alij uero negant, & tu mi Fabi quid sentis? Fab. causa actionis, aut est contractus, aut obligatio: obligatio sine dubio non est idem quod actio, quemadmodum nec mater est idem, quod filia, obligatio enim sicut mater parit actionem. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procura. præterea alia est diffinitio obligationis, alia actionis, ut Insti. de obliga. & actio. in prin. quippe cum diuersæ diffinitiones diuersam rerum essentiam demonstrent. Iul. fortasse hi qui tenent causam & actionem esse idem, accipiunt causam pro contractu? Fab. nec contractus est id quod actio, si quidem contractus fit extra iudicium plerunque, actio uerò semper in iudicio, ut patet ex eius diffinitione, Insti. de actio. in prin. Tu autem mi Iuli dicas contractum non esse, idem cũ actione, sed ipsa narratio contractus à legumlatoribus composita olim solennis, hodie simplex ut à nostris Doctoribus in libellis componitur: hæc inquam narratio est idem quod actio, imo est ipsa actio. narrare enim non ne est facti? ergo & narratio quæ inde deducitur erit etiam facti: quẽadmodum aliud est emere & uendere, aliud emptio & uenditio ut diximus. Iul. quid ergo tenendum? Fab. teneas audacter narrationem causæ, hoc est contractus alicuius commercij, esse idem cum actione à legumlatoribus composita, ut clarè colligitur in l. 2. §. deinde ex his legibus. ff. de iusti. & iur.

Summarium

1 *Actio an exprimatur in formula, sive libello. & quod non.*

2 *Formula habet duas partes principales.*

3 *Formula rei uedicationis antiqua.*

Ven dica-

3 Vendicare, quid sit.
4 c. dilecti, de iudic. Intellectus.
5 Actio expressa in libello, etiam inepte, eum non uitiat.
6 L. 2. C. de formu. subla. declaratur.
7 Item & l. 1. ff. si mensor fals. mod. dixe.
8 Actionis nomen, accipitur per formulæ seu libello.
9 Casus l. edita. C. de eden.
10 Actio quomodo edebatur. & ostendat speciem futuræ litis.

LXXXVIII. DECLARATIO materiæ d. l. edita actio.

IVL. nisi tibi molestus sum, cupio ex te audire, an huiusmodi formulæ, tam antiquæ quam recentiores habeant proprium nomen? Fab. paulo ante dixi, quod si commercia habebant proprium nomen, & formulæ super illis compositæ proprium nomen habebant, uideto supra. Iul. nolo
1 hoc dicere, sed aueo scire, an † in formulis illis antiquis, exprimeretur proprium nomen actionis? Fab. & hæc petitio tua est anceps, sed ne amplius in hoc hæsites audi. nō poterat esse forma, quin haberet proprium nomen sibi annexum: & ne res exemplis egeat, finge Sempronium ita Titio dixisse, uendo tibi fundum meum gabinianum in agro Sabino situm centum: Titius autem dicat ego emo: huiusmodi commercium, non ne habet nomen sibi annexum? Iul. habet profectò, uocatur enim emptio & uenditio. Fab. finge rursus traditum fundū Titio pretio non soluto, mox requisitus Titius nolit soluere, quid agendum erit Sempronio? Iul. ibit ad prætorem Fab. sine formula impetrata hoc facere non poterat. l. 2. C. de for. sub? Iul. impetrabit. Fab. finge modo formulam, quæ erit huiusmodi. Coram uobis iustissime Prætor, compareт Sempronius, narrans se uendidisse Titio fundū gabinianum in agro Sabino situm, centum aureis, eumque Titio tradidit, nec pretium recepit, quare petit dictum Titium per uos condemnari, condemnatumque cogi ad soluendum dictos centum aureos: non ne huiusmodi petitio habet nomen ex re gesta si bi annexum? Iul. sane habet, & ut existimo uocabitur forma actionis empti, & uenditi. sed forsan non dico quod sentio, ideo quæro, an in formula sit exprimendum, ago actione ex empto, ex locato, ex mutuo, ex deposito, & sic de cæteris? Fab. absurdissi-
2 ma res esset si ita diceretur formula † enim habet duas partes principales. prima est narratio. secunda petitio. uideamus si in narratione possit ita, ut ais, exprimi. narratio est hæc, coram uobis iustissime prætor, comparet Sempronius, [si adderetur actione uenditi, nihil significaret] narrans se uendidisse Titio fundum Gabinianum in agro Sabino situm centum aureis [si hic adderetur actione uenditi, quid esset hoc absurdus? actio enim non est ius uendendi, sed prosequendi] tradiditque Titio fundum, nec pretium recepit, neque hic possunt poni illa uerba, actione uenditi: ecce hactenus narratio, in qua nullo modo potest poni nomen actionis uenditi, nisi absurdissimè, & sine effectu uoluissent loqui actionum compositores, quod non est dicendum, erāt enim graues, docti, breuesque in dicendo, ut patet in eorum responsis. Secunda formulæ pars hæc est, quare petit dictum Titium per uos condemnari [si hic expressum esset nomen actionis, hoc est si fuisset dictum, actione uenditi, nec concinne, nec recte id factum esset, non enim uenditor condemnatur actione uenditi, actio enim non est ius condemnandi, sed prosequendi, condemnatur igitur iudicis sententia] & cōdemnatum cogi ad soluendum dictos centum aureos, neque hic poterat dici actione uenditi, nō enim uenditor cogitur actione uenditi ad soluendum, sed imperio quodam, quod dicitur modica coertio. l fi. ff. de offi. eius. In nulla igitur formulæ parte erat locus actioni exprimendæ, non poterat igitur nomen actionis in formula sua, rectè exprimi. Iul. iam cogor ita esse fateri: sed formula paulo ante descripta, est ne illa antiqua solennis? Fab. minime, sed recentiores ea utuntur. Iul. legisti ne ullam unquam ex antiquis formulis? Fab. apud Ciceronē, in oratione pro Murena: & ea formula ē rei uendicationis. Iul. est ne ibi expressum nomen rei uendicationis? Fab. non. Cicero enim irridens Iurisconsultorum sententiā, dicebat

dicebat eo tempore esse rem paruã, prope in figulis literis, atque interpretationibus uerborum occupatã, Cuius hæc sunt uerba. notas quasdam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, cum hoc fieri bellissime posset fundus Sabinus meus est, imo meus: deinde iudicium, noluerunt. hæc Ci
3 cero. sequitur deinde formula, † Fundus qui est in agro, qui Sabinus uocatur, ego eum ex iure meum esse aio, inde ego te ex iure manu consertum uoco. Subdit Cicero, quid huic tam loquaciter litigioso responderet is, unde petebatur, non habebat, idem Iureconsultus formulam pro reo inuenit, ea hæc est, unde tu ex iure manu consertum uocasti, inde ibi te reuoco: Iul. quid uolunt sibi illa uerba, ex iure manu consertum? Fab. dicimus conserere manum cum hoste, quando armis cum hoste pugnamus. conserere manum iure, est pugnare non armis, sed lege, & iure. quando igitur quis agebat rei uendicatione, uocabat reum ex iure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur: atq; profecti simul in agrum terræ aliquid ex eo, ueluti unam glebam, in ius ad Prætorem deferebant: & in ea gleba, tanquam in toto agro uendicabant, hoc est unusquisq; dicebat fundum esse suum uendicare.n.est appropriate, & rem suã esse dicere. Iul. satisfecisti, quid postea.

Fab. ex ista formula uendicationis antiquissima, manifestissimè patet, non esse exprimendum nomen actionis. non enim dicebatur fundus, qui est in agro Sabino, ego eum ex iure meum esse aio, rei uendicatione: quod fuisset absurdum, sed simpliciter meũ esse aio. si igitur olim in formulis antiquis, quæ erant solennes, quibus nec syllaba quidẽ poterat addi, uel minui, non exprimebatur: multo minus hodie est exprimendum.

Iul. quamobrem scribentes dicunt iure canonico esse inductum, ne nomen actionis in libello exprimatur, & aiunt id probari
4 † in c. dilecti, de iudic? Fab. qui ita illud cap. intelligunt, non recte sentiunt. & uerba ipsa ostendunt. solum enim ibi inducitur, ne solemnitas in libello requiratur, sed simplex & pure factum ipsum, & rei ueritatem spectandam esse admonet. & summa illius cap. erit non est subtiliter inquirendum hodie, formula, seu libellus, sit solennis, an nõ: sed sufficit simplex, & uera facti narratio commercio, de quo disceptandum est, consentanea. Iul. ostende utrum uerba hoc uelint? Fab. uerba hæc sunt, Prouideatis, ne subtiliter inquiratis, cuiusmodi actio intentetur. non.n.dicit, quod nomen actionis exprimatur, nec quæ actio, per relatiuum substantiæ, sed ait, cuiusmodi actio intentetur: cuiusmodi.n.est relatiuũ qualitatis, nec significat actionis nomen, sed actionis qualitatẽ, hoc est solennitatem. subdit deinde, sed simpliciter, & pure factum ipsum, & rei ueritatem inuestigetis. hoc est uideatis, an narratio, seu formula sit rei gestæ, & commercio de quo agitur consentanea. nusquam igitur. probatur olim necesse fuisse nomen actionis exprimi.

Iul. sit sanè, nomen actionis non esse in
5 formula exprimendum, quid si † exprimeretur, uitiatur ne formula? Fab. ex communi scribentium sententia, receptum est non uitiari, sed perinde est, ac si non fuisset expressum. Iul. hoc fortasse uerum est, si nomen actionis apte exprimatur, sed quid si inepte fuisset expressum? Fab. itidem aiunt non uitiari, per reg. l. unicæ. C. de rei uxo. actio. Iul. huic scribentium sententiæ uide
6 tur maximopere obstare † tex. in l. 2. C. de for. subl. id quod nonnulli ex Doct. animaduertunt. ibi n. dicitur, non opponatur exceptio, si aptam rei, & proposito negotio competentem, eam, scilicet actionem, esse constiterit. ergo si non aptam, exceptio opponitur. Fab. hoc est penitus ab illa lege alienũ. dixi enim tibi supra, ante illam legem necessarium fuisse impetrare actionem ab eo Pontifice, penes quem erat liber, qui actiones, hoc est formulas continebat: & si actio hoc est formula ipsa, non erat impetrata, obiiciebatur actori, non impetratæ actionis exceptio: & quia hoc uidebatur absurdum, idcirco, Constantinus Imperator composuit. d. l. 2. in qua uoluit actorem non esse reiiciendum, si non impetrauerat actionem: hoc est formulam, si eã actio erat apta rei, & proposito negotio competens. Nihil igitur ibi de nomine actionis expresse dicitur. Iul. imo à contrario sensu hoc ipsum ibi cauetur, dum dicitur si aptam rei, scilicet actio-

cet actionem, esse constiterit: ergo si non aptam, secus erit. Fab. uerum est, quod si actio, hoc est ipsa narratio in formola, non erat apta rei, nec negotio competens, omnino reiiciebatur. Iul. non bene capio. Fab. mox capies, audi. Dixeram tibi supra, unicuique commercio propriam fuisse formulam finge modo, me uendidisse tibi centum aureis fundum, & ad illos consequendos à me propositam esse actionem, hoc est formulam depositi, esset ne hæc actio, seu formula apta, competensq; negotio inter me, & te gesto? Iul. non opinor, nam negotium est emptionis & uenditionis, formula autem est depositi. Fab. recte opinaris, hoc ipsum disponit l. illa 2. dum ait, nulli prorsus non impetratæ actionis exceptio opponatur, si aptam rei, & proposito negotio, competentem esse constiterit. Hæc sit summa illius legis, si formula est apta, & consentanea negotio gesto, non opponitur exceptio, non impetratæ actionis.

Iul. sed tamen uidetur huic sententiæ ob
7 stare † tex. l. 1. si mensor fal. mod. dixer. ubi Vlpian. ait, non tenere intentionem, si fuit inepte expressum nomen actionis. Fab. nec illa lex hoc dicit, sed dicit, si mensori mandauerim, ut mensuram mei agi ageret, ille uero falsum modum renunciauerit, non possum aduersus illum mandati formulam proponere. Iul. quamobrem? Fab. quia mandatũ semper debet esse gratuitum. §. in summa. Inst. mand. sed mensor interdum mercedem accipit. d. l. 1. §. at si mercedem. Iul. si accipit mercedem, poterit proponi conducti formula ad id quod interest? Fab. neque hæc proponi potest, quia non crediderunt ueteres inter tales personas locationem & conductionem esse magis operam beneficij loco præberi, & id quod ei datur non pro mercede sed ad remunerandum dari putabant. Iul. quam actionem igitur poterat proponere actor aduersus mensorem, qui falsum modum renunciauerat? Fab. in factum actionem d. l. r. & ideo quia illud commercium non habebat proprium nomen, sed uocabantur factum simpliciter, composita est quædam formula, quæ uocabatur actio in factum: de qua supra in hoc libello dictum est, & ibi uideto. Iul. quid tum? Fab. si ex conducto fuisset actum, dicebat Vlp. non teneri intentionem. Iul. ergo ibi probatur libellum in totum uitiari, si nomen actionis inepte exprimatur? Fab. non ita est, sed pro uero illius legis intellectu, scito uoluntatem esse ipsius finis, hoc est uoluntas appetit finem, finis uero dicitur intentio: proposito itaque aliquo fine, uoluntas deinde quærit media idonea ad consequendum illum finem: exempli causa, uoluntas ædificatoris appetit domum, domus ergo est finis ædificatoris, qui finis dicitur intentio: ut igitur adipiscatur finem propositum, sunt inuenienda media idonea, utputa, saxa, arena, calx & huiusmodi, at si præpararet paleas, stipulas, fœnum & similia, ut his medijs habeat domum, non haberet intentionem quæ est finis. Ita si mensor fefellit me, eo quod falsum modum renunciauerit, tenetur mihi in id quod interest: idcirco uoluntas mea appetit solui mihi id quod mea interest, & hic est finis uoluntatis, quæ dicitur intentio, ut dictum est: ut igitur intentionem illam consequar, proponere in iudicio medium ad id idoneũ oportet, quod est formula actionis in factum. d. l. 1. in princ. at si forte proposuero formulã ex conducto, intentio non tenebit, hoc est non potero consequi id quod mea interest. quod erat finis & consequenter intentio meæ uoluntatis, quia formula ex conducto, non est consentanea illi fini, & est perinde ac si pro ædium ædificatione, præparassem paleam & fœnum. hoc ipsum ostendunt illa uerba, si autem ex locato & conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem. & ita intelligitur. l. 1. si mens. fals. mod. dix. & cap. examinata, de iudi. Iul. quid. si actor proposuisset formulam actionis in factum, quæ erat consentanea fini, deinde dixisset, hoc peto actione locati: uerbi gratia si fuisset dictum coram uobis iustissime Prætor, comparet Sempronius narrans, quod commisit Flauio mensori, ut mensuram agri sui Gabiniani ageret, eique uerum modum agri renunciaret: at mensor fefellit eum in modi renunciatione, quamobrem dicit non parum sua interesse, ita renunciatum esse: quare petit dictum

dictum mensorũ condẽnari in id, quod sua interest: Ecce formula in factum, quæ est id consequendum id, quod à mensore, fraudati interest: si deinde formulæ addator, & hoc petit actione conducti, uitiatur ne formula? Fab. minime. nã perinde est, ac si quis ostenso equo digito dicat, promittis mihi bouẽ? quo casu ualet stipulatio in equo, nec illud nomẽ bouis adiectum uitiat stipulatio nem. l. quæ extrinsecus. ff. de uerb. obl. & ibi not. Habe igitur pro comperto, quod si nomen alterius formulæ, quæ cõmercio gesto non est consentanea, adiiciatur formulę pro positæ, quæ apte ex negocio & commercio gesto composita est, non uitiat, sed reiicitur: & agitur ex formula apta, & negocio proposito competenti. d. l. 2. C. de for. sub. & cap. dilecti, de iud. Iul. ex sententia tua

8 ubicunq; inuenero hoc nomen † actionis, tuto potero accipere pro formula? Fab. iutissimè. sed intellige formulam compositam ex narratione, & petitione, quæ ut dictum est, appellatur actio, quæ formula debet esse cõpetens negotio. l. debitores. C. de pig. ibi, cõpetentibus actionibus. hoc est formula competenti commercio. & l. si cum ea. C. de dot. promiss. ibi, competentibus actionibus. hoc est formulis commercio gesto competentibus. Iul. ergo formula, non est quid separatum ab actione? Fab. actiones sunt compositæ. l. 2. de orig. iur. & est illa cõcinna uerborum conceptio, qua quis exprimit coram Iudice, id quod factum est, quod quidem est ius. d. l. 2. quemadmodum stipulatio est uerborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum, facturum se id, quod interrogatus est, respondet. l. 5. §. stipulatio. ff. de uerb. obli. & illa conceptio est ius l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pact.

Iul. satis superq; abs te mihi uidetur in istis actionibus esse factum: sed cupio scire qualis fuerit interrogatio in. d. l. edita. cui hæc imperatoris responsio congruat? Fab.

9 † erat quidam Flauius, cui uaria commercia cum Camillo fuerunt, de quibus redditæ fuerunt rationes: postea is Camillus fecit citari dictum Flauium, qui certè a litibus erat alienus, quamobrem secum cogitabundus, quæ nam controuersia à dicto Camillo mouenda esset, idcirco ad Imperatorem accessit, ab eoq; petiit ut consuleret, quid sibi agendum esset? fecit enim hic Flauius, prout mulier illa in. l. precibus. C. de impub. & al. sub. Imperator cognita illius simplicitate paucis respondit: Facias tibi edi actionẽ, hoc est formulam commercii, quæ edita facilè monstrabit super quo negotio disceptandum sit, tunc poteris scire utrum cedere, an contendere uelis. Rursus Flauius ille ab Imperatore petiit, & postquam erit mihi edita actio, poterit ne ille amplius emendare, seu mutare? respondit Imperator, poterit profectò, prout perpetui edicti monet authoritas, uel ius dicentis decernit æquitas. Iul. ergo quando Imperator respondit, non erat edita actio? Fab. minime, edere enim est copiam describendi facere. si enim fuisset edita actio, Flauius utiq; non ignorasset speciem futuræ litis. Iul. illud nomen edita, non ne est participium præteriti temporis? Fab. certè, sed quid, si sum lecturus hodie lectionem hora uigesima, & hora decima octaua dicam tibi, lecta lectio ne ibimus spatiatum, non ne illud participium lecta, est temporis præteriti? & tamẽ significat rem futuram, & est perinde ac si diceres, postquam lecta erit lectio, ibimus spatiatum: ita dicas, edita actio, idest postquam erit edita, demonstrat tibi speciem futuræ litis.

Iul. & quomodo actio si est ius: & sic incorporea? Fab. sæpius tibi dixi. est quædã formula, hoc est uerborum conceptio, quæ erat descripta in eo libro, qui erat penes Põ

10 tificem, de quo in. l. 2. ff. de orig. iur. & † edebatur in libello, seu in scriptura aliqua, ut Aut. offeratur. C. de lit. contest. uel actor dictabat & reus scribebat: uel actor producebat reum ad album Prætoris, ubi erant descripta edicta Prætorum in formulam redacta. l. si quis id quod. ff. de iurisd. om. iudi. Iul. etiam interdictorum erant formulæ. Fab. erant formulæ. i. conceptiones uerborum, quibus prætor aliquid iubebat fieri, aut fieri prohibebat. Inst. de interdict. in princ. & in illo albo actor ostendebat reo, qua formula prætoria aduersus eum esset acturus? & aduerte, nam tex. in. l. 2. ff. de eden. dicit ad alium. legendum est ad album, ut animaduertit Politianus, & Budeus. Iul. &

quomodo huiusmodi formula ostendit speciem futuræ litis? Fab. quia formula continebat commercium illius rei, quæ inter partes gesta erat, ut fit in libellis, qui hodie dari solent in his enim narratur series rei gestæ, idcirco uisa formula reus facile cognoscit de qua re sit litigandum.

Summarium

1 *Actio de iure ciuili non potest corrigi uel mutari. Secus de iure pretorio.*
Prætor semper sequitur æquitatem.
2 *E dictum perpetuum, quid.*
3 *Actionem emendare licet usque ad sententiam.*
4 *L. non potest. ff. de iudi. declaratur.*
5 *Item & .§. si detracta. l. in delictis ff. de noxal.*
6 *Et. §. si quis aliud, Institu. de actio.*
7 *Actionis causam in libello an sit necesse exprimere. & nu 9. causa, idem quod actio.*
8 *Actio, & contractus non sunt idem. obligatio natu. & ciuilis unde nascuntur.*
10 *Narratio causæ inepta facit reicere libellum. etiam quod reus non opponat.*
11 *Libellus obscurus reicitur, etiam parte non opponente. Prodest tamen ad perpetuandum actiones. nu. 13.*
12 *L. fin. C. de anna. except. declaratur.*
14 *Auth. qui semel. C. quo. & qua. Iud. non corrigit l. edita. C. de eden.*

LXXXIX. DECLARATIO itidem materiæ d. l. edita.

IVl. Postquam actor ediderat actionem hoc est feceratq; copiam formulæ, super qua erat disceptandum, si errasse erat ne ei integrum corrigere? Fab. anceps est petitio, idcirco est distinguendum. si enim
1 quæris, an † iure ciuili licuisset corrigere uel mutare, tunc respondendum erit, id fieri non potuisset: nam postquam is qui acturus erat, illi Pontifici penes quem erant actiones, hoc est formulæ illæ, seriem commercij narrauerat, Pontifex ex eo commercio, rem gestam, formulæ accommodabat quibusdam uerbis conceptis, quibus nec addi nec minui quicquam licebat. l. 1. C. de for. subl. Iul. ergo si nec addi, nec minui illi formæ quicquam poterat, si actor in exponendo facto, seu commercio errasset, ut puta, quia dicebat sibi deberi quinque, cum deberentur decem, uel partem fundi esse suam, cum esset totus. §. minus. Instit. de action. non poterat amplius formulam emendare? Fab. recte sentis.

Iul. quamobrem Imperator ait, licere actori emendare. d. l. edita actio. Fab. licebat emendare non ciuili, sed prætorio iure. Prætor enim fecit edictum, quo permisit ut liceret actionem, hoc est formulam emendare. & est ratio, quia prætor sæpe solitus est iuris ciuilis asperitatem corrigere, siue quod illi deesset adimplere. §. media autem. Insti. de legi. ag. succes. quamobrem æquitate motus, quam semper Prætor aduersus ius ciuile sequitur. l. 1. de pact. l. 1. quod quis iur. ff. &. §. emancipari, Instit. de hæred. quæ ab intes. def. pern isis posse errorem emendari. Iul. ubi consistit hæc æquitas? Fab. ubi & æquum: nam æquum est medium inter lucrum & damnum, & plus & minus, & illud æquum dicitur ius seu iustum: ius enim emendatiuum lucri & damni, medium est, & in hoc medio, siue æquo, consistit æquitas. Aristo. 5. Ethic. quam Prætor maximo pere secutus est: At lucrum, & damnum est quid iniustum, & iniquum. quando igitur actor per errorem minus petebat, quam sibi debebatur, si id emendare non potuisset, fuisset prorsus in damno, id quod æquitas non patitur, æquitas enim rem ad æqualitatem redigit. Aristo. ibidem. Hac igitur æquitate motus Prætor posuit in suo albo edictum, quo permittebat, ut cuique liceret actionem suam emendare, si per errorem id factum esset. Iul. satis profecto hæc ratio mihi facit, sed tantillum dubij remanet, nam si debebantur quinque, & petijsset decem per errorem, inspecta hac ratione, non potuisset emendare, non enim erat in damno? Fab. imo magnum damnum pateretur, si emendare non liceret, puniretur enim, ut Insti. de actio. § præterea. &. §. tripli. ne igitur hoc damnum ob errorem pateretur, etiam in hoc casu Prætor ex æquitate corrigi posse permittebat.

2 Iul. quare † Prætoris edictum dicitur perpetuum, cum potius dicendum esset annuũ, siue annale, eoque Prætoris officium anno durabat.

durabat. Inst. de perpe. & temp. actio? Fab. gloss. & alij nonnulli interpretantur perpetuum, hoc est generale, sed hoc minime recipiendum est, cũ ex Cicerone in Prætura urbana scire possis hęc. n. sunt eius uerba in Verre: qui plurimum tribuunt edicto Prætoris, edictũ legẽ annuã esse dicunt, tu edicto, plus complecteris quàm lege, si finem edicto Pretoris afferunt calendæ Ianuariæ, cur non initium quoque edicto nascitur à calendis Ianuarij? an in eum annum progredi nemo poterit edicto, quo Pretor alius futurus est, in illum quo Prætor alius fuit, regredietur? ne igitur iuris dicendi ratio arbitraria Prætoribus esset, & pro eorum libidine, subinde mutabilis, lata lex est, de edictis perpetuis. Iul. quid in summa uolunt sibi hæc Ciceronis uerba? Fab. prætor olim multa in suo edicto, & interdũ alterius Prætoris edicto calendis Ianuarij proponebat, cuius edictum non poterat ultra calendas Ianuarias progredi, & ideo dicebatur annuum: sed pro sua libidine, interdum seruabat, interdum corrigebat edicta præterita. ne igitur id facere posset, lata est lex, ut edicta essent perpetua, quemadmodum & leges: & postea Saluius Iulianus temporibus Adriani Principis edicta in unum collegit, & hoc appellatum est edictum perpetuum, quia non anno, sed perpetuo sicut & lex durabat: in quo maxima æquitas uersbatur. ibique inter alia cauebatur, ut liceret actori, si quid mendæ in formula scriptum esset, emendare. ne actor, ut dictum est, ob errorem, cui facile indulgendum est, in damno esset. Iul. & istud edictum perpetuum reperitur ne hodie? Fab. minime: multa Prætoris edicta, multæque Principis constitutiones, quarum in iure nostro fit mentio, hodie nõ reperiuntur. Iul. ergo Bar. male sentit, dum ait, edictum perpetuũ, cuius hic fit mentio, esse illud de quo in. l. t. de eden? Fab. certè il lud. n. loquitur de edendo, hoc est quomodo edendum sit: hoc autem perpetuum concedebat ob æquitatem licere errorem corrigere. Iul. huic sententiæ magis quam Bar. assentior. sed quid uolunt illa uerba, ius dicẽtis decernit æquitas. Fab. non solũ Prætoris mortui edictum concedebat, errorem posse emendari sed etiam æquitas Prætoris uiui, qui ius dicebat. Prætor. n. uiuus, qui ius dicit perpetui edicti auctoritate motus, decernit licere actori si quid per errorem in formula scripsisset emendare, ne is esset in damno, & alter in lucro, quod esset iniquum. Prætor autem siue Iudex rem ad ęqualitatẽ redigit

3 ut. 5. Eth. Iul. & † quousque licebat emendare? Fab. si Doc. sententiam recipias, usque ad litem cõtestatam: sed tu dicas usque ad sententiam, qua. n. ratione æquitas suadebat licere emendari usque ad litẽ cõtestatam, ne alter litigãtium esset in dãno, alter ucrò in lucro: pari ratione, & post litem contestatã eadem æquitas suadebat, cum ratio diuersitatis reddi non possit. l. à titio. ff. de uerbo. obli. & nulla prorsus est lex, quæ uetet fieri emendationem post litem contestatam.

Iul. l. non potest. ff. de iudi. non ne communem opinionem confirmat? Fab. certè, ut aiunt ipsi. dicunt enim id quod post iudicium acceptum accidit, non potest uideri in iudicium uenisse, sed noua opus est interpellatione: si igitur noua interpellatione post cæptum iudicium est opus, emendationi locus non est: nam quando emendare licet, non requiritur alia interpellatio, sed sufficit prima. Iul. & mihi hoc etiam uidetur? Fab. si cum illis sentis, nihil sentis. unde

4 Pro ueriori † illius legis intellectu, scito mendam pro errore accipi: unde emendare inclinatur, quod est à menda, hoc est ab errore deducere, seu nauis errorem corrigere. & ut res exemplo pateat, finge pictorem promisisse Cæsari, pingere eius figuram: pinxit egregie congruis symmetrijs, fecit tamen pedem aliquautulum longiusculum, pes enim sexties reassumptus complet iustam longitudinis mensuram: hoc animaduertens pictor errorem emendauit, pedemque ad debitam mensura reduxit, non ne eadem figura remanet, quæ erat prior? Iul. certè. Fab. est igitur emendare quando in aliqua re, est aliquid mendæ, uitij, seu erroris, quo correcto, nec res, nec rei nomen mutatur, ut in proximo exemplo. Finge rursus, figuram aliquo casu penitus corruptam, poterit ne hæc emendari? Iul. non, ut arbitror. Fab. bene arbitraris, non enim est res in qua sit menda, nec pictor dicitur errasse, nam qui errat, in

aliqua parte errat, in reliquo bene facit, quando uerò res est tota corrupta, non apparet in ea ubi sit menda,& si pictor uelit satis promissioni facere, opus est noua pictura, quæ non dicetur emendata, sed de nouo facta. Item si sartor fecit uestem omni sua parte concinnam, tamen errauit in cuiusdã plicæ compositione, si corrigit errorẽ, emendat,& est eadem uestis: at si uestis combusta esset,& rursus sartor aliam faceret, non emendare, sed nouam facere diceretur.

Iul. quorsum hæc? Fab. audi. quando actor proponit congruam commercio actionem, hoc est formulam, si in aliquo errat, & sic est ibi aliqua menda, puta si actione hoc est formula depositi uerbis suis composita, petijt sibi quinque restitui cum deposuisset decem, uel petijt sibi restitui uestem albam cum nigram deposuisset, non ne hic in concipiendo formulam errauit? Iul. maxime. Fab. si postea actor hoc animaduertens, loco quinque scribat decem, & loco uestis albæ scribat nigram, non ne eadem formula depositi, facta emendatione remanet quæ erat ante? Iul. ita mihi uidetur. Fab. hoc proprie est emendare, corrigere inquam mendam, seu errorem remanente re, reiq; nomine, in qua erat error. at si a principio actor petat, quod nullo modo sibi debetur. Iul. ignosce si interpello, qui fieri hoc potest? Fab. finge Sempronium testatorem instituisse hæredem Gaium, ab eoq; legasse cẽtum Seio, antequam Gaius adeat hæreditatem. non est obligatus Seio: adeundo.n. hæreditatem cum legatario contrahit.§. hæres quoque, Insti. de oblig. qui ex quasi con. si interim Seius legatarius existimans à Sempronio aditam hæreditatem, petat ab eo cẽtum, eique formulam actionis edat, si Sempronius negat, erit iudicium cæptum, sed actio seu formula nulla est: & licet illa formula edita appelletur actio, erit perinde ac si quispiã, hominem pictum, appellet hominem, cum re uera non sit homo. Iul. si proposui actionem ex testamento, non capio quomodo non sit uerè actio? Fab. non est actio, de qua nunc agitur: quod ita ostenditur, cui non competit diffinitio, non competit diffinitum exempli causa, diffinitũ est homo, diffinitio uerò est animal rationale mortale, illi rei cui non competit animal rationale mortale, non competit, ut sit homo. Ita in proposito, diffinitũ est actio ipsa, diffinitio uerò est ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur, Insti, de actio. in prin. cui igitur rei non competit ius persequendi in iudicio quod nobis debetur, non competit ut sit actio, de qua tractamus, sed quando quis petit id quod non debetur, huiusmodi petitioni non competit diffinitio, hæc est ius persequendi in iudicio quod nobis debetur, ergo non competit, ut sit actio, erit igitur illa petitio, seu illa formula, perinde ac homo pictus: deinde cæpto iudicio, aditaq; à Seio hæreditate, centum illa uerè debentur, quæ si legatarius petat sibi dari uirtute formulæ præpositæ, frustra petit, cum illa actio nulla fuerit ut demonstratũ est, nec potest emendare, cum non sit aliqua menda, imo tota est menda, hoc est tota corruit, sed alia interpellatione, aliaq; actione opus est d.l. non potest.& in exemplo figuræ & uestis.& ita intelligitur.d.l. non potest. iuncta l. non quemadmodum in fi. ubi dicitur iudicium antequam aliquid debeatur, esse non posse.& glos. ibi ponit exemplum, de quo supra. Nec obstat igitur illa lex, quominus possit fieri emendatio post litem contesta.

Iul. est ne aliqua lex quæ fieri hoc posse probet? Fab. est profecto, in †.l. in delictis.§. 5 si detracta.ff. de noxa act. nam si seruus Titij interficiat equum Sempronij, si id sciente domino fecit, insolidum dominus obligatur.l.2.eod.tit.& in.l. aquilia la 2.ff. ad l. aquil. si uero in scio domino factum est, deditione serui dominus liberatur: quamobrem si Sempronius composuerit formulam legi aquiliæ consentaneam, in qua à domino quasi conscio, integram equi æstimationem sibi solui petierit, dominus uerò neget se esse conscium, & re uera non sit, facta absolutione, & finito iudicio, amplius cum eo agi non poterit.d.l. si detracta. sed si cognito errore uoluerit libellum corrigere, erroremq; suum emendare, hoc est addere formulæ, quia petat dedi sibi seruum pro noxa, licebit id fieri, tantisper, dum prius iudicium agitatur. ex quibus uerbis clare constat, licere agenti, non solum ante litem contestatã, sed post donec

(donec iudicium agitur,) emendare errorē. Nec obstat dum dicunt,hoc ideo ibi licere, quia ibi non fit emendatio circa actionem, uel circa rē petitam,sed circa aliquam qualitatem. ad hoc enim facile respondetur, nam ratio quamobrem possit fieri emendatio,ea est,ne actor ob errorem sit in damno quod esset iniquum,ut dictum est: sed in.d. §.si detracta.si non liceret fieri emendationem actor omnino esset in damno, quia nihil consequeretur, id quod non esset si non fieret emendatio circa rem: si enim debentur mihi decem, & peto quinque,si non liceret emendare, saltem quinque haberem: sed si ago contra dominum serui, quem per errorem puto delicti conscium, cum non fuerit,si non liceret mihi errorem corrigere,addereque formulæ, hæc uerba uidelicet cum noxæ deditione, dominus serui absolueretur, & cum eo amplius mihi agere non liceret,obstare enim rei iudicatæ exceptio. d.§.si detracta, iccirco penitus essem in dāno,sed si liceret errorem corrigere & addere huiusmodi uerba uidelicet,cum deditione noxæ, saltem consequerer seruum, qui equum interfecit:est igitur maior corrigendi ratio in.d.§. si detracta, quam sit ea, ob quam conceditur emendatio circa rem, & consequenter debet esse eadem dispositio.l. illud.ff. ad.l. aquil. Præterea si spectatur finis,qui in omni re spectandus est, finis agentis in.d.§.si detracta. contra dominum quasi conscium est, ut consequatur integram equi occisi æstimationem, sed postea animaduertens, dominum non esse delicti conscium, corrigens errorem addit formulæ hæc uerba uidelicet, cum deditione noxæ, intentio seu finis corrigentis est, ut saltem consequatur seruum: fit igitur emendatio de equi occisi æstimatione, ad seruum occidentem, sicut fieri solet, quando quis aliud pro alio petat, ut puta si petierit Seiū cum Stichum petere deberet,quo casu errorem corrigere permittitur.§.si minus.Insti. de actio. Animaduerte mi Iuli, ne putes ea uerba uidelicet cum noxæ deditione, significare actionem per se subsistentem, significant enim qualitatem quandam: qualitas enim est quod adesse, & abesse præter subiecti corruptionem potest, id quod illis uerbis sine dubio conuenit: possunt enim detrahi adijcique actioni, nec eam corrumpunt, ut eodem.§.patet. Non est ergo mirum, si in eodem iudicio, & adijci, & detrahi, ueluti qualitas possunt. Iul. si ita est, quamobrem inscriptus est titu.ille de noxalibus actionibus? Fab. attende, si seruus Titij equum Sempronij interfecerit, Sempronius aduersus Titium serui dominum, actionis.l. aquiliæ agere certe potest.l.in.l.aquilia.ff. ad.l. aquil. qua quidem integram equi æstimationem à Titio, si eo conscio id factum est, consequitur. At si eo ignorante, tunc eadem actione leges Aquiliæ adiectis illis uerbis, cum noxæ deditione, aget. ob eam igitur qualitatem, qua affecta est, noxalis actio appellari sine dubio potest: quemadmodum homo a qualitate artis musicæ musicus nominatur. si enim esset actio per se subsistens, sine dubio per se separatim in iudicio deduci posset id quod fieri nequit, iudicium enim solus noxæ deditionis nullū est.l.miles.§.1. uers. at si iudicium.ff.de re iud. Est igitur sine controuersia qualitas, quæ in eodem iudicio actioni præposita, & addi, & detrahi potest.d.§. detracta.cuius ea uis est,ut liceat domino deditione ipsius serui, litis æstimationem euitare.l.1.ff. eo. Iul. in quo igitur differt hic.§.ab illo.§.eligere.ff.de trib. actio? Fab. in hoc. quia hic agitur de qualitate, quæ, ut dixi, & addi, & detrahi potest. ibi uero sunt duæ actiones per se subsistentes, quarum neutra alteri inesse uti qualitas potest, idcirco electione opus est.

Iul. ex supradictis uideris aperte tenere, posse etiam emendationem fieri post litem contestatam? Fab. ita prorsus. Iul. non ne huic sententiæ obstat id,quod Alex.ait? cuius hæc sunt uerba, si post litem contestatā emendare liceret, sententia quæ fertur super eo, quod post litem contestatam esset in libello additum, reperiretur lata sine litis contestatione, & sic esset nulla.l.prolatam.C.de senten. & ibi not? Fab. minime obstat. nam si per errorem peto quinque, cum decem deberentur, lite contestata super quinque, si postea animaduertens errorem deleo quinque, & scribo decem, & hoc aduersario denunciatum est, in unoquoque

quoque enim negotio aduersarius citandus est.l.de unoquoque.ff.de re iud.l.nam ita di uus.ff. de adopt. qui postquam cognouerit mutationem factam, hoc est pro quinque decem scribsi aut negabit. aut confitebitur: si negabit erit sine dubio super decem lis contestata, & ita de eis sententia ferri poterit cessat enim ratio Alex. Aut confitebitur præcedente libello, ut in casu nostro, & tunc aut eo animo confitetur, ut non cogatur subire iudicium, & non fit litis contestatio, sed præcipitur ei ut soluat, nec ferenda est sententia diffinitiua, hoc etiam casu cessat ratio Alex. Aut ita confitetur, ut uelit per sententiam condẽnari, id quod interdum sua interest, puta propter conseruandam stipulationem de euictione.l. utique.ff.de rei uen. & tunc per confessionem inducitur litis contestatio: quare si postea feratur sententia super decem ualebit, quia de eis lis est contestata. uide Bar. in.l.1.de lit. contest. non obstat igitur ratio Alex. Iul. satis hæc responsio mihi facit, sed quid respondetur rationi Ias. cuius hæc sunt uerba: libellus debet ita concipi, ut reus possit deliberare, an uelit cedere, uel contendere.l.1.in ptin.ff.eo. istud nunquam esset, si post litem contestatam, & sic post tempus ad deliberandum præstitum, posset libellus emendari? Fab. hæc ratio nihil obest. nam sicut quando peto per errorem quinque, edita actione datur tempus aduersario ut deliberet, uelit ne cedere an contendere: ita facta litis contestatione, si postea emendauero, & pro quinque scribam decem, iudex faciet aduersarium de huiusmodi emendatio, ne certiorem.d.l. de unoquoque, dabitque ei rursus tempus, quo deliberet utrum cedere, an contendere ultra uelit, & sic erit certus, & non in suspenso. Iul. huic responsioni puto assentiendum esse, sed alia ratio uidetur magis urgere, quam refert Decius in.d.l.edita.ait enim lite contestata, quasi contractus inducitur.l.3.§.idem scribit.ff.de pecul. a quo pars recedere non potest, arg.l. sicut.C. de actio. & obliga. hæc ille. si igitur ab eo quod pro posuit recedere non potest, corrigere utique non poterit? Fab. nec huiusmodi ratio quicquam obest, licet enim per litis contestationem quasi contrahatur, tamen ex eo quasi contractus actor solum obligatur instantiæ, ut dicit Bar.C.de lit.contest. in tertia col.uers.nam ut dixit.nu.18.hæc autem obligatio solum operatur, ut actor teneatur stare instantię, non autẽ facit quominus possit emendare, nec obstat.§. idem scribit. ibi enim obligatur reus ex sententia, & consequenter ex quasi contractu, ita glos.1.ibi. si ex sententia, ergo post factam emendationem, emendatio.n. fit ante sententiam. Et ex his stet firma hæc conclusio, erroris correctio, seu emendatio fieri usque ad sententiam. potest. Iul. satis quidem sententia tua mihi facit nec uideo quod ei obsit, sed dic quæso, potes ne hanc sententiam aliqua authoritate confirmare? Fab. possum profecto? & Imperatoris, in.§.si quis aliud. In

6 tit. de actio. † ubi ita casum fingito, iuuenis quidam cui debebatur Stichus, per errorẽ petijt Herotem: lite contestata cognitio errore dubitabat ne periclitaretur, uerebatur enim ne utrumque amitteret, Herotem enim quem petierat habere minime poterat cum non, deberetur, Stichum, qui debebatur, non petijt: & ita hæsitans accessit ad Imperatorem, ab eoque petijt ut consuleret quid agendum esset. Imperator iussit eum bono animo esse, inquiens, si quis aliud pro alio intenderit, nihil cũ periclitari placet: sed in eodem iudicio cognita ueritate errorem suum corrigere permittitur. quibus uerbis auditis, iuuenis pulso timore errorem correxit, & pro Herote in libello seu formula, Stichum scripsit: & ita euasit periculũ eodem enim iudicio Stichum per sententiã consecutus est. Iul. non dum uideo ubi ille textus probet, posse fieri emendationem lite contestata? Fab. ibi in eodem iudicio cognita ueritate errorem corrigere permittitur. si eodem iudicio, ergo & post litem contestatam: iudicium enim proprie incipit à litis contestatione.glos. in.§.fi.l.illud.C.de appel.Ias.in rubri.de in ius uoc.ff.& lis contestata, est angularis lapis ipsius iudicij. Bal.in cap.1. de lit. contest. Iul. satis belle: sed ante litis contestationem potest ne dici iudicium? Fab. potest. sed non proprie, uerba autem debent proprie intelligi.l.1.§.si is qui nauem.ff.de exer. actio.Bar.in.l.non dubium.

bium. C de leg. cum itaque Imperator dicat, in eodem iudicio errorem corrigere permittitur, ut proprie capiatur illud uerbum iudicium, intelligendum est post litis contestationem. Iul. si ita esset, ergo ante litem contestatam, non liceret corrigere. Fab. imo licet: sed in d. §. illa uerba, cognita ueritate, ostendunt actorem animaduertisse errorem post litem contestatam, nam ueritas plerunq; lite contestata ex testibus, aliisq; instrumentis cognoscitur, & si ante litem cõtestatã, error cognosceretur, pari ratione corrigi posset. Iul. iã mihi ita esse sat persuasum est, sed uidetur huic sentẽtiæ obstare glos. in d. §. ubi exponit, eodem iudicio. i. apud eundem Iudicem. sequitur Bar. in. d. l. edita actio. in 2. col. in uersic. item contra prædicta. ubi ait, eodem iudicio, idest coram eodem iudice, in alia tamen instantia: Fab. non possum non mirari, est enim perinde ac si diceret album, hoc est nigrum: longe enim differt iudicium à iudice, ut ex eorum etymologia patet. Iudex enim dicitur, quasi ius dicens, iudicium uero quasi iurisdictio. c. forus. & ibi glos. de uerbo. sign. sed sit sanè, ut aiunt, adhuc conclusio procedit. fiet enim emendatio coram eodem iudice. Iul. non ita est: ipsi enim intelligunt coram eodem iudice, sed in alia instantia? Fab. hoc minime recipiendum est. si enim ille tex. loqueretur de alia instantia, non esset opus corrigere libellum, seu formulam: in alia enim instantia nouus libellus, nouaq; formula danda esset, in qua actor peteret Stichum, qui debebatur: & si in alia instantia peteret Stichum, ut ipsi uolunt, quid opus esset emendatione, cum error non adsit, & tamen Imperator dicit in eodem iudicio permitti actori corrigere errorem: & sic loquitur de eo iudicio, & de ea instantia, in qua ab aduersario primus libellus, primaq; formula edita fuit, in qua per errorem Herotes pro Sticho petitus fuit. manifestissime ergo patet Imperatorem ibi loqui de eo iudicio, de eaq; instantia in qua fuit erratum, hoc est de prima: in secunda enim non diceretur erratum, ut dictum est: Quod autem non possit intelligi de secunda instantia, ostendunt illa uerba, nihil eũ periclitari placet. si enim potuisset petere Stichum, in secunda instantia non oportebat timere periculum: nam licet reus fuisset à petitione Herotis in prima instantia absolutus, condemnandus tamen fuisset in secunda: & sic actor nullum subibat periculum: sed periculũ uersabatur in hoc, quod absolutione facta a petitione Herotis, & finito iudicio si rursus uellet petere Stichum, exceptione rei iudicatæ summoueretur. d. §. si detracta. ff. de noxa. actio. ne igitur periculum hoc subiret, Imperator promittit, ut in eodem iudicio possit errorem corrigere: & hoc Imperator, Prætoris æquitatem secutus, concessit, ne actor ob errorem esset in damno.

Iul. quid autem si esset appellatum, non ne poterit in secunda instantia emendare libellum? Fab. minime. nam in secunda instantia appellationis, non datur nouus libellus, nec fit noua litis contestatio, sed agitur seu disceptatur ex priori libello, & prima litis contestatione, quamobrem si in prima instantia post litem contestatam non licebat emendare, ut scribentes aiunt, minime liceret in secunda, cũ sit eadem litis contestatio, nec est aliquod tempus in secunda instantia, in quo non sit lis contestata, & sic actor periclitaretur, id quod Imperator non permittit. Necessario igitur dicendũ est, posse fieri emendationem in prima instantia ẽt post litẽ contestatam, ne actor periclitetur, ut. d. §. si quis, Inst. de actio.

Iul. cogis me fateri ita esse, & post hac tenebo emendationem, etiam post litem contestatam posse fieri.

7 Sed si tibi grauis non sum, uelim scire an sit necessa exprimere causam actionis in libello? Fab. Placentinus glossator, (ut refert glos. in. l. 1. ff. de eden.) dicebat causæ expressionem, idem esse quod actio: sed glos. ibi dicit hoc nihil esse, nam hæc tria, obligationem, contractum, actionemque diuersa esse ait, cum primo, contractus, secundo obligatio, quæ duo possunt dici causa, & actio tertio sit. & idem tenet glos. Insti. de actio. in princ. Iul. quid intelligit Placentinus per causam? Fab. contractum, est enim contractus, ueluti causa efficiens, & ita, dum hic fit mentio causæ, accipito. Iul. ostende si potes Placentini sententiam

tentiam esse ueram. Fab. ostendam, & ei assentior. nã supra diximus ex sententia Pomponij in.l.2.ff.de orig.iur. ex legibus duodecim tabularum actiones quasdam fuisse cõpositas, & quod Sextus Elius alias actiones composuit, quæ actiones erant ius: & quod postea Appius Claudius ad formã redegit eas actiones: quæ erant narrationes uerbis cõceptis compositæ, quibus actor narrabat commercium gestũ, petebatq; sibi aliquid dari, aut fieri, seu restitui: diximus etiam, huiusmodi narrationem uerbis conceptis compositam, & ad formam redactam, esse actionem, ibi uideto: & quod in ea formula narrabatur commercium, hoc est causa, quamobrem deberetur id quod petebatur, & narratio illius causæ in iudicio est actio, narrare enim est agere, & consequenter narratio est actio. ubi igitur non est narratio cõmercij, hoc est causæ, non est actio, quemadmodum ubi non est animal rationale mortale, ibi non est homo: non potest igitur exprimi actio, quin exprimatur causa. Iul.
8 ergo † actio, & contractus sunt idem? Fab. minime: nam contractus est conuentio quædam siue pactum inter partes: & quando partes contrahunt seu conueniunt, dicuntur agere non autem facere, & consequenter contractus seu conuentio illa dicitur, actio extraiudicialis, & ex tali contractu obligatio, & naturalis, & ciuilis nascitur. naturalis, quia natura ipsa quis tenetur seruare promissa: ratio enim naturalis suadet seruari id, quod bonum est, & semper inuitat ad res honestas. & quonammodo obligatio naturalis nascatur, & quid operetur, alibi dictum est. Ciuilis ideo nascitur, quia ciuitas, quæ uult inter ciues seruari iustum & æquum, constituit a promittentibus id, quod promissum est, seruari oportere, argu.l.1.ff.de pact. unde uinculo quodam ciuili obligati sunt. Insti. de oblig. Et quoniam hac obligatione promissor tenebatur aliquid facere, dare, seu restituere, ideo is cui hoc debebatur, ut illud consequeretur, in iudicio coram iudice narrabat commercium, & rem contractam, hoc est causam, quamobrem sibi deberetur, & hæc narratio, ut dictum est, erat actio. hæc autem causæ narratio ita differt à contractu, quemadmodum res gesta à narratione ipsius rei, seu bellum à narratione belli: contractus.n. est conuentio, & consequenter quædam actio extraiudicialis, inter duos seu plures inita: narratio uerò contractus, hoc est causæ, in iudicio facta, est actio. Iul. narrare, non ne est facti? quoniam igitur modo potest esse actio, cum actio sit ius? Fab. ipsum narrare est facti, & hoc modo non est actio, ipsa uerò causæ narratio est ius. & ut clare pateat, repete, quod sæpius dictum est. diximus .n. supra, ius esse ciuitatis ordinationem: ciuitas autem seu facultas legumlatrix ordinauit, & composuit quasdam causæ narrationes, easq; ad formulã reduxit, quibus quis in iudicio posset persequi id quod sibi deberetur: & has compositiones Iureconsf. in.d.l.2. de orig.iur. appellat iura, & merito, quia à Ciuitate constitutæ sunt seu approbatæ. §. ius autem. Inst. de iur. nat. gent. & ciui. huiusmodi causæ expressiones, siue narrationes aptè compositas, Ureconsf. in.d.l.2. appellat actiones compositas, & nõ ab re: omnis enim narratio est actio, ut sæpius dictum est. Iul. quid si ego narro Cæsaris historiã, ea narratio erit ne actio? Fab. erit profecto, sed extraiudicialis, de qua leges non loquũtur, sed solum tractãt de ea narratione, quæ
9 fit in iudicio coram iudice. Iul. ergo † necesse est exprimere causam actionis in iudicio? Fab. ita est. sed ipsa narratio, seu causæ expressio est actio, adhuc non capis.
10 Iul. & quid si † causæ narratio est inepta, reiicietur ne libellus, in quo narratio illa scripta est? Fab. animaduerte quæso, hæc narrationis appellatio est nomen æquiuocum, quemadmodũ canis, qui significat stellam, piscem, & animal latrabile. finge nunc aliquem cocum iubere famulo, ut afferat ad se canem pro prandio, si famulus afferet piscẽ qui canis appellatur, cocus recipiet, est enim aptus prandio, at si afferat animal latrabile, qui etiã canis appellatur, cocus profecto reiiciet, non enim est aptus prandio. Ita si actor, qui dicit sibi à quopiam aliquid deberi in iudicio, proponat narrationem causæ, ex qua facilè pateat ab aduersario id dari, aut fieri oportere, iudex eam admittet, est enim apta ad persequendum, quod debetur: exempli causa, si Sempronius

nius coram Iudice petat sibi dari a Titio cẽtum, si nil aliud dicat, nihil agit: at si narret, seu exponat causam quamobrem id petat; puta quia uendidit ei equum, & tradidit, recte aget. at si actor petat sibi centum à Titio dari, & proponat causæ narrationem, ex qua non appareat ab aduersario sibi id dari, fieri ue oportere, iudex eam narrationem reiiciet: exempli causa, si Sempronius coram Iudice petat sibi dari a Titio centum, deinde ponat causæ narrationem, ut puta quia Rex est in Francia, huiusmodi causæ narratio, quia non ostendit Titium dari oportere, merito reiicienda est. Iul. quid si aduersarius non opponat, reijcietur? Fab. prorsus, cum non sit apta ad persequendum quod proponenti debetur, cum ex ea non appareat id, quod pretiũ est dari oportere.

11 Iul. † libellus obscurus admittetur ne a Iudice? Fab. quem appellas obscurum? Iul. hunc uidelicet, si debes mihi ex pluribus causis, ex deposito centum, ex uendito centum, & ex testamento totidem, & in libello coram Iudice petam dari à te mihi centum, & causam quamobrem mihi dare debeas, non exprimo, & ideo libellus est obscurus. est ne reiiciendus, etiam parte non opponẽte? Fab. ẽt. Iul. aduersaris scribentibus aiunt enim ipsi libellum obscurum esse admittendum parte non opponente, id quod probari aiunt in l. si. C. de annal. except. & huiusmodi libellum aiunt posse emendari usque ad sententiam. Fab. ita dicunt, sed eorum sententia minime placet. nã dum ipsi aiunt emendationem posse fieri ad sententiam, usque hoc uerum esse confirmo in omnibus libellis, seu narrationibus, ubi est aliquid erroris: sed in hoc libello obscuro, non est locus emendationi, sed totus est reiiciendus, cum non contineat causæ narrationem quare debeatur, & consequenter non continet actionem. Iul. quid igitur uult illa. l. fi. quam ad id scribentes citant? Fab. alius est illius legis intellectus. & ut plene capias,

12 † scito actiones quasdam tribus annis præscribi, ut sunt hæ, quæ competunt ad res mobiles: alias decem, uel uiginti annis, & hæ sunt quæ competunt ad res immobiles quas is præscribit, qui bona fide & titulo possidet: alias uero triginta annis, & hæ sunt omnes aliæ personales, siue hypothecariæ. Insti. de usucap. & C. de præscript. 30. uel 40. anno. l. sicur. & l. omnes. Iul. quamobrem elapsis huiusmodi temporibus repellebantur agentes? Fab. quia putauit legumlatrix facultas, huiusmodi temporum spatia satis esse dominis ad agendũ, & repetendum res suas: at si tanto tempore fuissent desides & sui iuris contemptores, præscriptionis exceptione repelli uoluerunt: at si is, qui actiones habet, faciat aduersatium citari, seu libellum offerat, præscriptio interrumpitur, & a citationis seu libelli oblati die, quadraginta annis ad huc actiones integræ erunt: quamobrem si tu possedisses fundum meum, titulo, bonaq; fide nouem annis cum dimidio, & tibi super hoc libellum offeram, deinde aliquam ob causam desisterem, postea quadraginta annis tuto aduersus te agere possum. l. 1. de anna. excep. C. Iul. & hæc quid ad l. fin. Fab. finge abs te mihi ex multis causis deberi, puta ex deposito centum, ex mutuo alia centum, ex testamento totidem, teneri que etiam hypothecaria quadam actione, postea elapsis fortasse nouem & uiginti annis ago contra te, & produco libellum, in quo simpliciter dico te mihi esse obnoxiũ & ideo peto te condemnari. Iul. quid ais? non ne hic libellus est penitus obscurus, & ita nõ potest esse certus aduersarius, utrum uelit cedere, an contendere, quod est contra. l. 1. ff. de eden. Fab. Ita est prorsus ut ais. Iul. non erit igitur admittendus? Fab. sed audi, non admittitur libellus ad hoc, ut aduersarius condemnetur, imo quo ad hoc est penitus reiiciendus, cum in eo, nec cau-

13 sa nec quantitas sit expressa, sed † huiusmodi libellus efficit, ut omnes actiones, quibus aduersarius tenetur, usque ad quadraginta annos perpetuentur, qui à die citationis ut dictum est currere incipiunt. Iul. quid autem si actor exprimat unam quantitatem cum causa sua, ut puta quis petat centũ, quæ sibi ex deposito debentur, interrũpentur ne aliæ actiones? Fab. Imperator in d. l. fi. ait, omnes actiones, quibus aduersarius tenetur, si unius facta est mentio, omnino interrumpi. & ratio quãobrem actiones præscribuntur est, quod eo tempore domini

fuerunt desides, suique iuris contemptores ita Imperator .d.l. fi. in fi. & cessante causa cessat effectus.l. adigere.§. quamuis.ff. de iur. patron. Iul. hoc posset procedere, quando actor suũ debitorem nulla expressa causa in iudicium citari facit, quo casu potest uideri omne ius suum in iudicium deduxisse, sed quando unam causam deduxit, nonne in alijs est negligens? Fab. huiusmodi exceptiones aduersus actionem sunt odiosæ, ut ait Imperator in.d.l.fi. in fi.& ut dictum est, contra desides opponuntur, ideirco cum actor non sit deses, nec ius suum contemnat, Imperator uoluit diligẽtiam uni causæ adhibitam, in alijs etiam actori esse adiumento cum penitus non fuerit deses, & hoc tantum inducit d.l.fi.non autem dicit libellum quamuis obscurum, parte non opponente, esse admittendum: nam licet pars non opponat, tamen iudex officio suo eum non admittit, & est perinde ac si non fuisset oblatus: & si actor offerat se declaraturum, probaturumque summam sibi debitam in eo libello, hoc facere non potest, sed rursus dandus est aptus, clarusque libellus, quo libello reiecto, citatio tamen facta sufficit ad interrumpendum omnem præscriptionem. Hic est sensus illius legis, & ita Bar. sentit ibi. Concludo igitur libellum, in quo non est narratio, seu causæ expressio, quamobrẽ res petita debeatur, nullo modo esse admittendum nec licet actori corrigere, cum totus sit error, tunc enim corrigi potest, quando formula actionis, hoc est narrationis est apta, reique petitæ consentanea, inest tamen aliqua menda, ut patet in exemplo uestis, & picturæ supra posito.

Iul. quid si actor uellet declarare, non ne posset? puta, petet sibi centum, eo quod dedit mutuo totidem? Fab. hoc ipsum non est declarare actionem propositam, sed datur noua formula in nouo libello scripta, & noua interpellatione opus est, ut aduersarius sciat, utrum cedere, an contendere ultra debeat.l.1.ff. de eden. Iul. potest ne hoc facere? Fab. quid ni. Iul. non ne Imperator in Auten. qui semel.C.quo. & quan. iud. in hæc uerba ait, qui semel actionem proposuit, necesse habet usque ad finem litẽ exercere? Fab. ait profecto, sed quid tum? Iul. quonam modo poterit libellum declarare, si usque ad finem litem exercere debet? Fab. non considerasti uerba illius rex. illa scilicet, qui semel actionem proposuit nam in casu suprascripti obscuri libelli, nulla, si bene consideres, proposita est actio; sed simpliciter dixit, peto aduersarium mihi obnoxium condemnari, ut tenet Bar. in d.l.fi.de annal.excep.in.2. not. non est igitur locus.d. Auten. qui semel.

Iul. quid si ex multis unam causam, quantitatemque ex ea debitam expressit? ut puta si Titius peteret à Sempronio centum, eo quod uendidit sibi fundum & tradidit? Fab. necesse est usque ad finem eam exercere. Iul. & si errasset in ea formula, posset ne emendare, puta, quod petit quinquaginta, cum uendidisse fundum centum? Fab. hui? tam paruũ habes memoriæ. non ne sæpius dictum est, licere errorem corrigere, etiam post litem contestatam? Iul. certe, sed dubitabam quomodo possit fieri emendatio, si usque ad finem exercenda lis est? Fab. nõ sunt hæc pugnantia. potest enim quis emendare formulam, & usque ad finem litem exercere. Iul. si existimem mihi deberi centum ex deposito, & ita petam & re uera debebantur ex mutuo, potero ne mutare formulam? Fab. minime, debes enim usque ad finem, actionem depositi exercere: & si uis formulam mutare, & petere ex causa mutui, debes renunciare & instantiæ, & causæ depositi

14 propositæ. Iul. ergo † Aut. qui semel, non corrigit.l.edita.C.de eden? Fab. non prorsus. non enim Aut. negat emendationem posse fieri, sed solum dicit, litem usque ad finem exercendam esse.l. uero edita. dicit actionem seu formulam posse emendari, & emendatam ad finem usque exercendam esse, per.d. Aut. qui semel.

Summarium

1 *Obligatio quomodo nascitur ex contractu.*
2 *Vinculum iuris, quare appelletur.*
3 *Actio quomodo nascitur ex obligatione.*
Finis habet principij rationem.
4 *Obligatio debitoris, & creditoris, an sit una & eadem.*

DECLA-

XC. DECLARATIO tractu obligationis, & actionis.

QVI. iam satis de huiusmodi emendatione, mihi factum putato, nunc ni tibi molestum est, uelim scire, id quod aiunt scribentes, dum dicunt ex contractu obligationem, ex obligatione actionem nasci, allegantes.l. licet.§.ea obligatio, de procu. & Institu. de obliga. in prin. Fab. bene sed putas ne eas nasci, quemadmodum filius ex matre, & ex arbore fructus nascun-

1 tur? Iul. & † quomodo nascuntur? Fab. audi, Aristo.5.Ethic. dicit, ab æqualitate conseruari & artem, & societatem: & si tolleretur æqualitas, tollerentur omnes artes, omnesque societates, & consequenter ciuitas, cum sit ciuium societas.3.Polie. Iul. non percipio. Fab. apertius dicam. finge duos artifices, fabrum lignarium, & sutorem, quorum uterque habeat in bonis centum, si faber daret sutori armarium decem aureis æstimatum, contra uero sutor daret illi tot calceos. qui etiam decem ualerét, seruaretur inter eos æqualitas, & unusquisque haberet ius suum, hoc est iustum, neuter enim esset in damno: at si sutor nihil daret fabro lignario, à quo armarium habuit, uel è contrario, si faber nihil daret sutori, à quo calceos accepit, & sic in alijs artibus, tolleretur æqualitas, & consequenter tollerentur artes eodem modo dicẽdum est de societatibus, quæ etiam tollerentur, nisi in eis seruetur æqualitas.l.si non fuerint partes.ff.pro soc. Inst.de socie.§.1. & sublatis artibus, societatibusque ciuitas stare non posset.5. Ethic. Hoc animaduertens ciuitas, seu legumlatrix facultas ordinauit quoddam uinculum, non ex lino siue cannapo, sed ex æqualitatis filis, quo uoluit circumligari eos, qui ex contractu, uel quasi, ex maleficio, uel quasi, alteri debet, quo uinculo posset uinctus constringi à iudice ad id, quod debet soluendũ.

2 Iul. quare † appellatur uinculum? Fab. à uinciendo, hoc est ligando, eo quod homines, qui aliquid debent, eo circumligantur, hoc est obligãtur. Iul. quãobrẽ dicitur uinculũ iuris. inst. de obli. in prin. ligatur ne ius, eo uinculo? Fab. scito, genitiuũ posse capi actiue, & passiue: ut puta uulnus Achillis, si huiusmodi genitiuus capiatur passiue significatur uulnus, quod ab alijs accepit Achilles, si uero actiue significatur uulnus, quod alijs Achilles intulit: in proposito ille genitiuus iuris, non passiue, sed actiue capiendum est, hoc est uinculum quo ius alios ligat. & huiusmodi uinculum quo ius, hoc est ordinatio ciuitatis ligat quempiam ad aliquid soluendum est obligatio, obligatio igitur dicitur quasi circumligatio, hæc autem obligatio dicitur nasci ex commercijs, eo quod ciuitas seu legumlatrix facultas hoc uinculum introduxit, ut seruaretur æqualitas in commercijs: & ita cõmercia aliquo modo sunt causa huiusmodi obligationis, nõ quod obligatio proprie nascatur ex contractu uel maleficio, sed contractus & maleficia fuerunt in causa, ut hoc uinculum ordinaretur, quemadmodum si diceres, domus nascitur ex uẽto & pluuia, quia uentus & pluuia sunt causa, ut ædificetur domus, quæ nos ab illis defendit.

3 Iul. iam hoc percipi, sed † quomodo nascitur actio ex obligatione? Fab. nec istud proprie dicitur, non enim actio ex obligatione nascitur, quemadmodum filius à matre, sed obligatio est causa quædam remota & id quod nobis debetur tanquam finis, est causa propinqua, ut actionem habeamus. Iul. hæc obscura uidentur. Fab. iam clara fient. scito, finem habere principij rationem.6. Ethi. est enim finis id, cuius gratia cætera agimus. Exempli causa, ædificator uult facere domum, domus est ædificationis finis, qui finis est causa ut ædificator inueniat media ad illũ cõsequendũ.s. calcẽ saxa, arenam, & huiusmodi. & sic domus uti finis est causa ut hæc præparentur. Iul. quamobrem hæc? Fab. audi, id quod ex obligatione nobis debetur, est uti finis, qui uelut principium quoddam agendi est ad præparanda media, quibus illũ prosequamur, media autẽ sunt actiones, quibus in iudicio propositis consequimur illum finem, hoc est habemus, quod nobis debetur, est enim actio ius persequendi in iudicio quod nobis debetur. Insti. de acti. in prin. illud igitur quod nobis debetur, fuit causa uti finis, ut actiones componerentur, & obligatio est causa, ut nobis aliquid debeatur: meritò igitur di-

citur actionem nasci ex obligatione, uti ex causa remota, & ex eo quod nobis debetur, uti ex fine & causa propinqua.

Iul. iam uideor intelligere. Sed obiter ue
4 lim, † obligatio non ne creditori acquiritur? Fab. certe. Insti. per quas pers. obliga. acqui. Iul. ergo ex eodem contractu nascuntur duæ obligationes, & sic duo uincula. Fab. erras, unum tantum est uinculum, quasi unus funis incorporalis, cuius uno capite uincitur debitor, alterum uero caput acquiritur creditori, & ita trahit ipsum debitorem. Iul. & quid si debitor peregre proficiscatur, erit ne huiusmodi uinculo alligatus? Fab. erit sanè. Iul. longissimum est profecto id uinculum? Fab. neque longitudinem, neque latitudinem, neque altitudinẽ habet: est enim incorporeum. Iul. quomodo igitur tam longe uincit debitorem? Fab. uirtute quadam sua. & exemplo tibi opus est: sol, licet a nobis maiorem in modum distet, tamen uirtute sua nos calefacit: ita huiusmodi iuris uinculum, debitorem, licet longe absit, uirtute quadam sua uincit. Iul. consentaneum est exemplum, sed sol eam uirtutem à Deo habet? Fab. & hoc uinculum uirtutem suam habet à ciuitate, seu à legumlatrice facultate. Iul. magna est potentia huius legumlatricis facultatis. Fab. maxima. hæc enim ordinat, disponit, fingit, iubet, uetat, & tandem quicquid uult agit circa humanas operationes, ut in 1. Ethic. legitur. Iul. satis mihi mirum in modum iam fecisti, ago igitur singulares tibi gratias. Fab. gratiæ non mihi, sed Deo agendæ sunt, Vale.

Summarium

1 *Ius ciuile, quid.*
2 *Ius largum, quid. Et quid strictum.*
Ius strictum, & statutum, idem.
3 *Extensio in statutis de re ad rem, uel de persona ad personam, quando fieri possit.*
4 *Lex quomodo condebatur.*

XCI. DECLARATIO quamobrem statutum dicatur stricti iuris.

QVæri sæpius audiui, quamobrem statutum dicatur esse stricti iuris? Et licet alij aliter respondeant, tu uero, ut pau
1 cis rationem habeas, scito, † ius ciuile nil aliud esse, quam uniuersalem ciuitatis ordinationem, ut ait Arist. in 1. Polit. & alias dictum est. quod enim ciuitas Romana sibi cõstituit, ius Romanorum appellatur. §. ius autem, Insti. de iur. nat. gent. & ciuil. ut igitur bene recteque in ciuitate uiuatur, bona, recta que opus est ordinatione. hæc autem à prudente legumlatore facienda est, ad omnem siquidem uitam opus legibus est. Aristo. 10. Ethi. leges enim de omnibus præscribunt ea spectantes, quæ communiter omnibus conferunt. 5. Ethic. prudens enim legũlator, ciuitatis, quique in ea sunt, omnium commoda consultat, consectaturque. Ethi. 6. Talis itaque in uniuersum Romanæ ciuitatis ordinatio est ius quoddã in uniuersum
2 appellabaturque † ius largum, eo quod largas habebat uires. nam non solum qui Romę degebant, sed omnes populos Romano imperio tunc audientes, ui sua ligabat: sed quia non idem est cuique salubre, & utile, sed alia alijs bona esse perspicuum est. 5. Ethi. ut puta piscibus bonũ est esse sub aqua, non autem in aere, auibus autem non sub aqua, sed in aere esse cõducit. hac ob causam ut illorum utilitati prudenter consuleretur, prudẽtis enim est bene consultare, circa ea, quæ non solum sibi sed alijs utilia sunt) lata est lex à Romana ciuitate, qua recte cautũ est, ut quisque populus posset ordinare, seu statuere, id quod sibi, ciuibusque suis cõduceret. l. omnes populi. ff. de iusti. & iur. magis enim quod accõmodatũ sibi est, unusquisq; cõsequitur. 5 Eth. Talis autẽ cuiusque populi particularis ordinatio, seu cõstitutio, erat ipsius populi ius, appellabaturque ius strictum eo quod strictas haberet uires: solum enim eum populum a quo statutum erat, intraque illius territorium, & non ultra, ui sua ligabat. l. fi. de iurisdic. om. iud. & ibi Doc. Hoc autem ius strictum, alio & usitato nomine statutum appellatur, diciturque esse stricti iuris, ob id quod unius populi territorio clauditur, continetur que illud autem populi Romani uniuersum, seu generale ius, merito largum appellari potest, eo quod per multorum populorum territoria extẽdebatur, uimque in eis, sine cõtrouersia, habebat extende-

extendebatur in quam per omnia territoria, quæ populo Romano subiacebat.

Sit igitur ius, uti genus, diuidaturque in duas species, quarum una dicatur ius largũ, quod est ius illud in uniuersum seu generale: altera dicatur ius strictum, seu particula-
3 re. Quicquid † igitur in illo stricto iure a populo expressum est, in eius territorio eu stodiri duntaxat oportet. d. l. fi. ac de his rebus, deque his personis, quarum in eo manifesta fit mentio, & non ulterius intelligendum est, ut not. in. l. quicquid astringen dæ. ff. de uerb. oblig. Id uero, quod palam uerbis non exprimitur, omissum esse intelligendum est, & ad ius illud largum, hoc est ad ius commune recurrendum, si in eo id palam uerbis exprimitur: quoniam neque ex similibus, neque ex eadem ratione, ex hoc iure stricto, iudicare permittitur, cum ab hoc stricto, uti inferiori, ad illud largum, uti ad superius, recurri possit. l. de quibus. ff. de legi. uers. si nec id. In eo uero quod in iure largo, palam uerbis non exprimitur. ex similibus ad similia, uel ex eadem ratione procedere necessarium est: alioquin casus remaneret indecisus: cum non sit aliud ius superius, ad quod recurri possit, nec omnes articuli legibus compræhendi possunt. l. nõ possunt. & l. neque leges. ff. de legi. necessario igitur ex similibus, seu ex eadem ratione in dicto iure largo iudicandum est.

Summa hæc sit, aut res, & personæ, de quibus controuersia oritur sunt expressæ in iure stricto, hoc est in statuto, & de his secundum illud iudicandum est. aut in eo non sunt expressæ, sunt tamen in iure largo compræhensæ, & tunc de illis, iure scripto, neque ex similibus, neque ex eadem ratione est iudicandum, sed ius illud largum consulendum est: quando uero res, seu personæ, a iure stricto omissæ, à iure largo minime comprehensæ sunt, tunc secũdum ius strictum, ex similibus, seu ex eadem ratione, res decidenda est. intellige in eo loco ubi est ius strictum, propterea quod ad ius illud largum seu commune recurri minus possit, eo quod tales res, seu personæ in eo nõ sunt expressæ, ne igitur casus emergẽs indecisus remaneat, poterit iure illo stricto ex similibus, seu ex eadem ratione controuersia finiri, nam in tali casu cur idem in iure stricto, quod in largo non concedatur, ratio reddi non potest, arg. l. a titio in fi. ff. de uerb. obli. Et probatur. ff. de legi. l. de quibus. ibi, tunc quod proximimũ & consequens ei est, hoc est consuetudini, quod ius strictum appellatur, & nota diligenter illud relatiuum ei, refert enim antecedens proximum, hoc est consuedinem, & in hoc casu non est recurrẽdum ad ius largum hoc est commune tunc enim ad illud recurrendum est, quando in iure stricto, hoc est in statuto illud simile non reperiretur. d. l. de quibus. uers. si nec id. Et ex supradictis arbitror, ueram colligi posse rationem, quamobrem statutum dicatur stricti iuris: & quando extensio, nec de re ad rem, neque de persona ad personam facienda sit: & quando & quomodo procedendum sit ex similibus, seu ex eadem ratione.

Sunt nonnulli qui dicant, statuta ideo esse stricti iuris, quia per stipulationem, uel ad eius instar fiunt. huius opinionis origo fuit Bal. in. l. contractus. C. de fi. instru. Soc. iunior in repetit. §. cato. l. eadem. ff. de uerbo. oblig. nume. 24. refert, & sequitur.

Ego uero quid isti uelint non intelligo, nisi fortasse uelint dicere, quod ex quo lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, ueluti consulæ constituebat. Et quia statutum est lex municipalis, ut not. in. l. oẽs populi. ff. de iusti. & iur. pari ratione statutum erit, quod quisque populus, interrogante plebeio magistratu sibi constituit. Est igitur qui interrogat aliquid faciendum, ut puta plebeius magistratus, est etiam populus qui promittit se illud facturum, & sic uidetur quodammodo stipulatio. sed si ob id statutum dicitur stricti iuris, ergo omnis lex, omneque plebiscitum est stricti iuris, hæc enim magistratu interrogante constituuntur. Inst. de iur. na. gen. & ciuil. §. plebiscitum. id quod si quispiam diceret, rem profecto absurdissimam diceret. Non est itaque uera ista ratio, nec illa interrogatio habet instar stipulationis, sed res ita se habebat enim populus
4 legem aliquã conditurus erat, † curiata comitia id est uniuersus populus per lictorem adesse iubebatur, ibique magistratus tanquã orator urgenti oratione, id quod ipsius populi in-

puli interesset, statuere persuadebat, & in fine his uerbis utebatur. hæc ita ut dixi, ita nos quirites rogo. uide Gell. lib. 5. cap. decimo nono. & lib. 10. cap. 20. hinc est quod cuiusque legis, cuiusque plebisciti origo, & quasi fons, rogatio est: nam nisi populus aut plebs rogetur, nullum plebis, aut populi iussum fieri potest. hinc est quod Imperator ait in. d. §. lex. rogante magistratu. & animaduerte quia in. d. §. lex. scriptum est interrogante magistratu, cum legendum sit rogante magistratu, uide Gell. ubi supra. Non est itaque stipulatio, nec instar stipulationis, sed est rogatio quædam. & si quispiam diceret tali ratione statutum esse stricti iuris, tu itidem dicas eadem ratione omnem legem esse stricti iuris, quod quam sit absurdum nulli non patet. Teneas igitur suprascriptam rationem, quam arbitror esse ueram.

Summarium

1 *Casus legis.*
2 *Mulier expressam hypothecam habens, fauore dotis præfertur alijs, etiam expressam anteriorem habentibus. & nu. 8.*
3 *Iustitia in quo consistit.*
4 *Versic. nec ad fragilitatem. expositio.*
5 *Dos non consistit, ubi nihil est in dote.*
6 *Vxor dotem possidet naturaliter.*
7 *Versic. ad hæc omnia. explicatur.*
9 *Reipub. magis interest dotes mulieribus conseruare, quam fisco creditum solui.*
10 *Mulier, & fiscus quomodo pari passu ambulant.*

XCII. DECLARATIO l. assiduis. C. qui pot. pig. hab.

IVl. quam oportune mi Fabi aduenis, maximopere enim tecum loqui optabam. Fab. & ego itidem tecum. Amicum enim cum amico esse, confabularique delectatio summa est. est enim amicus alter ipse. sed quid est, de quo mecum loqui tantopere exoptas? Iul. nudius tertius talis mihi
1 facti species proposita est. † quidam nomine Flaminius, acceptis mutuo centum a Francisco omnia sua bona ei pignori dedit, deinde duxit uxorem nomine Iuliam, acceptaq; dote itidem omnia bona ei hypothecæ dedit: mortuo Flaminio sine filiis, sineque testamento, relicta in eius hæreditate una domo unoque fundo tantum, frater uti proximior hæreditatem adiuit: quo facto Franciscus uir quidam impiger animaduertens Flaminij facultates uix sibi pro credito satis esse, cæpit hypothecaria aduersus hæredem agere, quo audito, Iulia inter fœminas profecto prudens, eodem modo agere cœpit: quamobrem non parua orta est inter eos controuersia, Franciscus enim dicebat se esse præferendum, eo quod prius hypothecam accepisset, & qui prior est tempore potior habendus est. l. si fundum. C. qui potior. in pign. haben. & l. potior. ff. eod. è contrario Iulia se omnimodo præferendam aiebat, eum fauore dotis constitutum sit, mulierem alios creditores antecedere, licet sint anteriores. d. l. assiduis. Fab. quid aiunt in huiusmodi controuersia scribentes? Iul. in duas diuisi sunt classes, una tamen altera maior est, ut refert Ias. in. l. 1. ff. solut. matr. in. 2. lectura Fab. & tu cui adhæres? Iul. in iudicando (ut aiunt) maiori numero standum est. ego uero non plurium opinionem sed ueritatem, si quomodo appareat, amplectendam existimo. Fab. recte existimas. ea autem diu in occulto esse non potest. aiunt enim esse temporis filiam, eo quod si aliquandiu latuerit, tempore tamen emergit. sed ubi nam putas inueniri eam? Iul. in. d. l. assiduis. ibi enim in hunc diem implicita latuit, quam si more tuo aperte explicaueris, sine dubio omnibus perspicua apparebit. Fab. postquam ita in me confidis, tentabo: unde scias ea
2 lege ab Imperatore esse constitutum, † mulierem expressam hypothecam habentem, dotis fauore, præferendam esse alijs, expressam etiam anteriorem habentibus. Iul. pergratum mihi feceris, si id ostenderis. Fab. Imperator assiduis mulierum querelis uexatus, quæ occupatis à creditoribus maritorum substantiis suas dotes deperditas lugebant, ad leges antiquas respexit, inuenitq; eas in personalibus rei uxoriæ actionibus, prærogatiuam præstantes, ut contra omnes personales actiones habeant priuilegia, & creditores alios antecedant, licet sint anteriores.

teriores. Subdit deinde in uersic. & hæc.in quiens, & hoc in personalibus statuerant. at si ad hypotecam, inquit, respiciebant.

Iul. subsiste parumper, cuius erat hypotheca, ad quam leges illæ respiciebant? Fab. mulieris aliorumque creditorum. Iul. erat ne expressa, an tacita? Fab. expressa sine dubio, nam eo tempore tacita minime erat: fuit enim à Iustiniano multo post tempore inuenta. l. unica. §. 1. C. de rei uxo. act. Iul. intelligendus est igitur ille tex. in. l. assiduis. de expressa. Fab. certe, & ita teneas. Fab. sequuntur mox illa uerba, uidelicet, illico iustitiæ uigore relaxabant. quæ ut intelli-
3 gas, scire prius oportet, in quo ipsa † iustitia consistat, in commercijs .n. humanis reperitur plus, & minus, seu lucrũ, & damnũ, inter quæ est medium quoddam, quod non est neque plus neque minus, neq; lucrum, neque damnum, & in hoc consistit iustitia, & iustum: si quidem lucrum & damnum sunt duo extrema, quorum utrunque est iniustum. exemplum, si tu haberes equum ualentem centum, illumq; Petro sexaginta uenderes, si eum traderes acceptis ab emptore saxaginta, sine dubio esses in damno, quia minus in patrimonio nunc haberes quam prius habebas, ille uero esset in lucro, quia plus nunc quam prius haberet. at si uenderes illum tanti quanti ualet, hoc est centum, hisq; acceptis traderes equum, neuter uestrum esset in lucro, neuterque in damno: & hoc est illud medium, in quo iustum & iustitia consistit. hæc ex 5. Ethic. Iul. sed quid ad rem? Fab. quando mulier marito suo dotem dedit, pro qua eius bona hypothecæ accepit, si alius creditor qui hypothecam anteriorem habebat, mariti substantiam uendicaret, mulier sine dubio dotem amitteret, & ita esset in damno, & hoc profecto esset iniustum. At si mulier habens expressam hypothecam præferatur creditori itidem expressam, anterioremq; habenti, habebit dotem suam, quo facto non erit neque in damno, neque in lucro, sed erit in quodam medio, in quo, ut dictum est, iustitia consistit. Iul. dum Charybdim uitare cupis, uideris mihi in Scyllam incidisse. nam cum inquis, esse iustum expressam mulieris hypothecam expressæ alterius creditoris etiam anteriori præferre, ne mulier suam amittat dotem, facis ut alter creditor, qui potior est tempore, suam perdat pecuniam, & ita erit in damno & consequenter erit iniustum, id quod euitare tantopere studes? Fab. per belle mi Iuli occurris: sed unum uelim abs te contendere, ut quemadmodum ego fateor bonum esse a creditore suam recuperari pecuniam, ita tu mihi fateare maius esse bonum mulieri suam dotem ex mariti substantiis conseruari. Aristo. n. 1. Ethic. ait, id quod est bonum totius ciuitatis, maius, perfectius, diuiniusque habetur, quam id quod est bonum unius hominis. sed dotem mulieribus conseruari, est bonum totius ciuitatis, quoniam reipublicæ interest ut facilius nubãt ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem. l. 1. ff. solut. matrim. ergo dotem mulieribus seruari est iustius, quam pecuniam aliis creditoribus etiã anterioribus solui, seu restitui: & hic est ille iustitiæ uigor, quem leges antiquæ relaxabant. hoc ipsum ostendit Imperator, dũ ait, si ad hypothecam respiciebant, scilicet leges antiquæ, illico iustitiæ uigorem, idest uirtutem & firmitatem, relaxabant, hoc est resoluebant. id quod erat maximopere absurdum, quia bonum mulierum, & per consequens bonum publicum, uti maius perfectiusque erat bono priuato, uti minus bono præferendum. l. unica. §. fi. C. de cadu. toll. Authen. res quæ. C. com. de leg. id quod cum leges illæ antiquæ minime fecissent, resoluebant iustitiæ uirtutem.

Iul. quomodo resoluebant? Fab. quia in contrarium agebant. præponebant enim hypothecam alterius creditoris hypothecæ mulierum, & per consequens bonum priuatum bono publico, id quod summopere erat iniustum. & hoc ipsum ostendit Imperator dum ait, & senioribus hypothecis, nouas mulierum hypothecas expellebãt. hoc est, antiquæ leges reijciebant hypothecas mulierum nouas, hoc est posteriores, hypothecis aliorum senioribus, idest anterioribus. Est enim septimus casus. & ablatiuus sine præpositione, dicitur etiam instrumentalis, quia ostendit instrumentum quo res agitur: ut puta percutio Seium baculo, nam si diceres

si diceres cum baculo,ostenderes, & Seium & baculum percussum. Ideo dicit Imperator,expellebant nouas hypothecas seniori bus hypothecis. Iul. ergo Imperator tedar guit antiquas leges? Fab.ita est. nam & alibi idem facit.l. maximum uitium.C. de liber. præter.

Iul. quid deinde. Fab. Imperator in uer
4 siculo,† nec ad fragilitatem &c. reddit rationem quamobrem antiquæ leges erant corrigendæ: quia si ad has rationes leges illæ respexissent, certe nouas mulierum hypothecas senioribus, hoc est anterioribus præposuissent: propterea quod maritus,qui uxoris uitæ & substantia fungitur, est in lucro:& si mulier dotem suam per hypothecā non seruaret, esset utique in damno:hoc autem est iniustum,quoniam quando unus est in damno, alter in lucro,sine dubio id est iniustum, ut.5.Ethic. & supradictum est.

Iul. quid igitur illis antiquis legumlatoribus agendum erat? Fab. quid esset agendum explicat Imperator, in uersiculo oportebat. ait enim. oportebat disponi maritos creditoribus suis, ex sua substantia satisfacere,& non de dote mulieris. Iul. uocabula clara sunt,sensus uero sub obscurus. Finge enim maritum habere uineam ualentem centum quinquaginta, non ne illa uinea est de mariti substantia? Fab. negari non potest. Iul. finge rursus, eum à Titio centum mutuo accepisse, uineamque illam hypothecæ dedisse,si deinde uxorem ducat,à qua centum dotis nomine accipiat, eique eandem uineam hypothecæ dederit, mox tam illis centum quæ à Titio,quam quæ ab uxore accepit, consumptis, Titio ex uinea illa satisfecit,dic rogo non ne ex substantia sua maritus satisfecit? Fab. minime. Iul.paulo ante dicebas, uineam in mariti substantiam haberi? Fab.& nunc ita esse aio,intellige tamen ante acceptam dotem,sed ea recepta ex Imperatoris sententia aliud est. Iul. quæ ratio differentiæ afferri potest? Fab. dos est ius quoddam uniuersum, in se continēs quod à muliere marito datur, ita Bar. in rub.ff.sol. matri. quemadmodum hæreditas,ut ibidem tenet Bar. sed uniuersale sine particularibus esse non potest, nam animal sine indiuiduis non consistit. Item si nihil rei,nihilque iuris habuit defunctus,non
5 est hæreditas. ita si † nihil est in dote, dos consistere minime potest, ita tenet Ias. in rub.ff.sol. matri.col.7. nu.34. uers. secundo contra Bar. Iul.ergo si maritus pecuniā, quam in dotem accepit, penitus expenderit, uel consumpserit, non erit dos? Fab.non ita est,nam lex tantum ex substantia mariti adimit, dotique ascribit quantū maritus ex dote consumpsit. Iul. quo nam modo hæc mi Fabi confirmas? Fab.Imperator hoc ipsum ostendit in hac.l. assiduis. Iul. qua ratione? Fab. olim quādo inter mulierem aliumque creditorem erat controuersia, quæ nam hypotheca præferēda esset, leges illæ antiquæ expellentes nouam mulieris hypothecam, anteponebant anteriorem: & ita creditor qui erat prior tempore,per hypothecariam mariti fundum sibi uendicabat,quamobrem mulier dote sua priuabatur, nihil.n. aliud præter eum fundum maritus habebat: hinc Imperator eas leges repræhēdens ait,oportebat disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, ex quibus uerbis clare patet per leges antiquas satisfactum esse anteriori hypothecæ de dote mulieris, & consequenter ille fundus mariti utrique hypothecæ datus,de quo erat controuersia non erat amplius de mariti substantia, sed erat in dote mulieris. Iul. & quis illum fundum doti ascripsit? Fab. lex inquam, lex enim, cum primum maritus consumpsit res in dotem datas,subrogat,atque attribuit doti tantum de mariti bonis, quantum ex dote consumpsit:& nisi hoc modo uersiculus ille intelligatur, nescio quid sibi uelit Imperator. Iul. certe uerba illa uidentur hoc quod ais,ostendere: sed dicas obsecro,quo modo Imperator in uersiculo quam ad suos
6 &c. ait † mulierem dotem possidere, cum maritus possideat.l.dotis.C.sol.matri? Fab. quia tam mulier quam maritus possidet.

Iul. ergo duo simul possident? Fab. certe,in hoc casu. Iul. aduersari uideris Paulo Iurisconsulto,qui in.l.possideri.§. e contrario.ff.de acqui. posses. inquit. duos eandem rem insolidum possidere nequaquā posse. Fab. minime aduersor. nam in casu nostro maritus & uxor non possident dotem insolidum, sed quemadmodum uxor in rebus dotalibus

dotalibus naturale, maritus uero ciuile habet dominium.l.in rebus in prin.C. de iur. dot. ita mulier, res dotales naturaliter tantum possidet, maritus uero naturaliter & ciuiliter. Iul. ergo duo naturaliter eandem rem possident, quod idem Paulus fieri posse negat? Fab. Paulus negat posse rem à duobus insolidum possideri, sed in casu de quo nunc agitur maritus & uxor eandem rem naturaliter insolidum minime possident, sed pro indiuiso uti duo socij: sunt enim socij ui tæ.l.1.ff. de rit. nup. uxor enim quo ad uictum, & alimonias possidet. ut Imperator ait: maritus uero, quo ad reliquos usus.

Iul.. bellissime mi Fabi hactenus legem hanc explicasti, perge si lubet. Fab. Imperator † huc usque leges antiquas amicè momordit eo quod nõ præstiterint mulieri prærogatiuam in hypotheca, quemadmodum personali actione præstiterunt: nunc in uersiculo ad hæc omnia, usque ad finem legis quid in ea re tenendum sit ostendit: Et primum ait, fecisse duas constitutiones, mulieribus subuenientes. scilicet ex glos. sententia.C.de iur.dot.l. in rebus. &.C. de rei ux.act.l. unica. deinde inquit sancimus ex stipulatu actionem potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anteriores sint temporis priuilegio uallati, hæc est integra oratio, in qua per parenthesim interponens, ait, quam mulieribus pro dote restituenda dedimus, cuique actioni donauimus inesse hypothecam. Iul. dixisti pro dote restituenda, in textu meo inuenio, instituenda. Fab. menda est, post hac legito restituendam. Iuli. memini legere in.d.l.unica.C. de rei ux. act. duplicem esse pro dote stipulationem, unam à muliere uerbis expressam, alteram tacite a lege intellectam, & ex utraque nasci ex stipulatu actionem, aiunt.d.l.unica. quæ est igitur illa quæ contra omnes creditores potior habetur? Fab. utraque profecto. Iul. ergo expressa a tacita nihil differt? Fab. nihil quo ad hoc eadem enim est utriusque uirtus, arg.l.cum quid.ff. si cert.pet. Iul. quamobrem Imperator dicit a se hoc sancitum, cum antiquitas hoc ipsum introduxerit, ut hac.l.§.1. Fab. antiquitas tale priuilegium rei ux. act. duntaxat præstitit, Imperator uero sublata rei ux. act. illud idem ex stipulatu actioni donauit, ut hic in.d.uers.ad hæc omnia. Iul. ergo ex sententia tua, Imperator hic non loquitur de tacitæ hypothecæ prælatione? Fab. ita est inquã nam Imperator non ait hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores: sed ait, sancimus ex stipulatu actionem potiora iura contra omnea habere mariti creditores loquitur itaque de actione ex stipulatu, quæ est personalis: non autem de hypotheca, quæ est realis.l.pignoris.C. de pigno.Iul. si ita est, cur hypothecæ mentionẽ fecit? Fab. animaduerte mi Iuli, & considera diligenter uerborum constructionem, ex qua id quod dictum est, uerum esse fateberis. Imperator enim ait, sancimus ex stipulatu actionem, hucusque structura orationis omnino imperfecta est, omitte illa uerba, quam &c. & accipias uerba illa, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, & sic erit, & strictura & oratio perfecta sed quia dubitari poterat de qua actione ipse loqueretur, mox hoc declarans ait, quam mulieribus pro dote restituenda dedimus, & quia huic actioni tacitam hypothecam Imperator iam dederat, ideo obiter inquit, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam.

Vides mi Iuli, nihil in hoc uersiculo de hypotheca præferenda ab Imperatore determinari, sed quasi declaratiue per parenthesim ea uerba adiecit. Iul. satis in hoc mihi fecisti, nunc scire uelim, an huiusmodi ex stipulatu actio sit potior contra creditores mariti habentes hypothecam? Fab. minime, sed contra habentes personalem tãtum. Iul. si ita est, quamobrem Imperator subiungit illa uerba uidelicet, licet sint anteriores temporis priuilegio uallati? Fab. quia si erant creditores priuilegiati, & anteriores debebant cum muliere in personali actione saltem concurrere .l. priuilegia.ff. de priuileg.cred. & ibi glos.11. Contrarium tamen Imperator in hac actione determinat, secutus in hoc antiquas leges, quæ rei uxoriæ actionem alijs creditoribus, licet fuerint anteriores, præferebant, ut hac.l.§.1. Iul. non possum non assentiri, sed ubi nam tractatur

de hypotheca mulieris præferenda? Fab. in uers. cum enim, ibi enim Imperator a pari ducens argumentum ait, cum in personalibus actionibus tali priuilegio, res uxoria utebatur, quamobrem non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium? hæc Imperator ad uerbum. & est illud beneficium? Fab. ut quemadmodum in personalibus actionibus mulier ex re uxoria creditores alios antecedebat, licet essent anteriores, ut hac.l.§.1. ita, eam, in hypotheca, alijs creditoribus licet priorem tempore habeant hypothecam, præferri par est. Iul. uerba hoc ipsum uelle uidentur, sed cui hypothecæ † huiusmodi beneficium est concessum, tacitæ, an expressæ? Fab. utrique sane. est enim idem utriusque finis rei publicæ commodum.l.1.ff.sol. matri.l.2.ff. de iur. dot. a fine enim sumitur ratio eorum, quæ ad finem spectant. Aristo.5.Ethic. Neque enim differentię ratio reddi potest, cur magis una quam altera sit præferenda, hanc ob causam Imperator tale beneficium hypothecæ indistincte indulget, nec nos debemus distinguere.l.de pretio.ff. ad publ.

8

Iul. plerique scribentium qui de hac controuersia tractant, aiunt, mulierem, quæ tacitam habet hypothecam, præferri his qui tacitam habent etiam anteriorem, & huic sententiæ fere omnes assentiunt: at si mulier habeat expressam, alijs habentibus expressam anteriorem eorum sententia minime præfertur, & hanc opinionem aiunt esse cōmunem, afferentes etiam differentiæ rationem aiunt enim tacitam hypothecam legis beneficio, tam mulieri quam alijs licet paucis esse concessam, & ideo lex dotis fauore tale suum beneficium priori creditori facilius, istiusque auferre potest: sed expressa hypotheca nō legis beneficio creditorum prouisione acquiritur, quamobrem lex eam fauore mulieris, seu dotis prioribus creditoribus iuste auferre nequaquam potest, lex enim suum beneficium priori creditori, mulierum gratia quandoque adimit, non propriam alicuius prouisionem adimere curauit. Hanc rationem scribentes colligunt ex glos. magna circa medium hic eamque maior eorum pars sequitur. Fab. & tu existimas ne eam ueram? Iul. quod pluribus uidetur, id uerum esse arbitror. Fab. decipieris profecto. sit sane (ut aiunt) uidelicet expressam hypothecam propria creditorum prouisione acquiri: sed hoc quod prior tempore potior sit iure, habet ne creditor ex sua prouisione, an ex legis beneficio? Iul. ex legis beneficio, ut reor. l. si fundum. C. qui potior in pign. hab. & l. potior.ff. eod. Fab. recte sentis, quid igitur obstat, quin lex ex glos. sententia, hoc suum beneficium priori creditori fauore mulierum adimere possit? quandoquidem lex eorum sententia beneficium suum iuste adimit, remanebit tamen expressa hypotheca, quam sua prouisione creditor sibi acquisiuit, eaque cum suo beneficio aduersus alios posteriores creditores, in eo quod mulieris superererit, uti poterit. Aduerte tamen mi Iuli, quod lex tale beneficium priori creditori fauore mulieris penitus non adimit, sed facit ne aduersus mulierem operetur, aduersus uero alios operari utique poterit.

Iul. certe iam acquiescerem nisi huic tuæ sententiæ alia scribentium ratio aduersaretur. aiunt enim fiscum & mulierem æquis passibus ambulare.l.2.ff. de priuil.fisc. sed fiscus priuato, qui prior est tempore non præfertur.l. si fundum.C. qui por. in pign. hab. &.l. si pignus.ff. eod. huiusmodi arg. est glos. hic, cui maior scribentium pars assentitur, si igitur fiscus non præfertur, ergo nec mulier præferri debet, cum pari, ut dictum est, passu ambulent? Fab. ne te moueat huiusmodi ratio mi Iuli, nihil enim aduersatur, in hoc enim casu mulier a fisco multum distat. nam † magis rei publicæ interest, dotes mulieribus conseruari, quam fisco creditum solui. Iul. quonam modo. Fab. si mulieres non habent dotes, non facile nubunt, si non nubunt, non sunt matrimonia, si non sunt matrimonia, non sunt liberi homines. si non sunt liberi homines, non sunt ciues, si non sunt ciues nec ciuitas est, Ciuitas enim est ciuium multitudo.3. Polit. si non est ciuitas, non est respublica, est enim respublica,

9

spublica, institutio eorum, qui in ciuitate degunt. 3. Polit. si igitur dotes mulieribus non conseruarentur, per consequens & ciuitas & Respublica destrueretur. at si creditum fisco non soluitur, nec ciuitas nec respublica corruit: potest enim ciuitas, & consequenter respublica sine diuitijs consistere. Nam ciuitas Romana ab initio diuitias minime habebat, & tamen erat bene ordinata ciuitas, beneque ordinata respublica.

Ex his itaque clare apparet multo magis reipublicæ interesse dotes mulieribus conseruari quam fisco, æs, ut aiunt, suum per solui, per consequens maius mulieribus pro dote, quam fisco priuilegium præstandum fuit: hoc tamen prælationis priuilegio, mulier aduersus fiscum non utitur. d.l.2. de iur. fisc. quemadmodum nec aduersus primam uxorem, seu eius filios. d.l. assi
10 duis, & hoc modo, † fiscus & mulier pari passu ambulant, quia nec mulier fisco, nec fiscus mulieri legis priuilegio, sed tempore præfertur.

Iul. tanta est uis rationis, ut cogat hominem inuitum etiam sibi assentiri, quamobrem iam in sententiam tuam descendo.

Fab. & ut libentius faciliusque in eam descendas, audi quid Imperator deinde subdat post rationes quas in mulierum fauore supra attulit enim in uers. & ideo inquit. n. & ideo, quod antiquitas dare incæpit ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris articulo consumauimus.

Iul. interpretare si lubet, quid antiquitas incæperit, & quid ad effectum non pertulerit. Fab. attende quisque prudens prius rem sibi agendam proponit, deinde consultat & inquirit media, quibus id efficiat: & si ad eam rem duo media necessaria sunt, ambo adhibet, & ita res ad effectum perducit: at si unum ex duobus adhibeat, rem ad effectum, hoc est ad finem minime perferet. Exempli causa, prudens paterfamilias ædes sibi ædificare proponit, ad id faciendum duo media requiruntur, cæmenta scilicet, & ædificatores, quod si solum cæmenta præparet, rem quidem incipiet, ad effectum autem nequaquam perferet: quamobrem finem non consequetur si deinde ædificatores conducentur, ædificentque res omnimodo consumabitur. Item prudens illa uetustas ad reipublicæ utilitatẽ respiciens, animaduertit dotatas esse fœminas maxime esse necessariũ, & ideo curauit ne mulieres ab anterioribus creditoribus, substãtijs maritorum præoccupatis, dote sua priuarentur ad hoc autẽ cauendum duo media erant prorsus necessaria: unum, ut mulieres in personalibus actionibus legis beneficio, creditores alios antecederent, licet essent anteriores. Alterũ erat, ut mulieres hypothecam, seu tacitã seu expressam habentes alijs creditoribus similem etiam anteriores habentibus præferentur. Quamobrem antiquæ illę leges tale cæperunt dare priuilegium, si quidem mulieribus eiusmodi prærogatiuã in personalibus actionibus præstiterunt & sic unum tantum adhibuerunt remedium: idcirco ad effectũ hoc est ad finem rem non pertulerunt, quia mulieres dotes suas poterant adhuc deperdere, propterea quod creditores qui habebant hypothecam tacitam uel expressam anteriorem mulieribus easdem habentibus, posteriores tamen antiquitus præferebantur. Hoc animaduertens Imperator sanciuit nouas mulierum hypothecas aliorum creditorum hypothecis, & quidem anterioribus esse præferendas. Et ita pleno iuris articulo rem consumauit Hoc ipsum uult Imperator dum inquit, & ideo quod antiquitas dare incæpit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris articulo consumauimus.

Iul. si ita est, ergo hallucinantur doctores, qui asserunt Imperatorem hic prælationis illud priuilegium, non expressis mulierum hypothecis, sed tantum tacitis præstitisse? Fab. prorsus hallucinantur. nam si ita esset, quemadmodum Imperator arguit antiquitatem, eo quod priuilegium dare incæpit, ad effectum autem non pertulit, ita & ipse arguendus esset, quia adhuc expressam hypothecam habentes possent a creditoribus expressam anterioremque habentibus dote sua defraudari, & ita nec ipse rem ad effectum pertulisset, nec pleno iuris articulo rem consumasset, propterea quod talis iuris articulus non plenus, sed semiplenus haberetur. Quamobrem cum ip

se aperte dicat rē ipsam pleno iuris articulo consumasse hoc est perfecisse, tenendum est sine dubio ab Imperatore sancitum esse, mulieres seu tacitam seu expressam habentes hypothecam, alijs creditoribus easdem etiam anteriores habentibus esse omnimodo præferendas, ut dos ipsis mulieribus ob reipublicæ utilitatem conseruetur & hæc sit summa istius legis.

Iul. Rectè aiunt bonum esse, quod omnia appetunt, Ethico.1. bonum ipsius intellectus, est uerum.6. Ethic. hoc igitur summmoperè ipse appetit, quo inuento omnino quiescit, hæc quæ dixisti aut uera sunt, aut uero per quàm similia: ideoque intellectus meus libentissime illis acquiescit. Fab. si quid boni dictum est à Deo est, ad eiusque gloriam referatur.

Summarium

1 *Ius, quid.*
2 *Dos æquiuoce appellatur.*
3 *Dotis diffinitio.*
4 *Vniuersum ius, quomodo intelligatur.*
5 *Dotis petitio, an sit uniuersalis, uel particularis, & distinguitur.*
6 *Dotem minui ob Impensas, quomodo intelligatur.*
7 *Et quid si fuerint impensæ necessariæ.*
8 *Dos promissa, an sit proprie dos.*
9 *Statutum, uel pactum super dare, habet locum etiam in promissa.*

XCIII. DECLARATIO quid sit dos, & noua dotis diffinitio.

IVl. non ab re mi Fabi scriptum est, omnes homines scire natura desiderare: omnes enim maximopere hoc desiderare arbitror, & nunc in me ipso experior, superius enim crebra, facta est dotis mentio, nunc scire uelim, quid sit dos? Fab. Bar. huic tuo desiderio satisfaciet in rubrica.ff.sol. matri. Iul. uidi inuenique eius diffinitionem à plerisque acriter morderi, proinde, à te illam more tuo diffiniri maximopere desidero.

Fab. conabor huic tuo desiderio satisfacere, sed prius necessarium est scire, † quid sit
1 ius? Iul. nonne est ars boni & æqui.l.1.ff. de iust.& iure? Fab. non loquor de eo iure uniuersali, quod est uniuersum iuris corpus sed de particulari, utputa cum dicitur iter est ius, actio est ius &c. quis dicat, iter esse artē boni & æqui? oportet igitur scire quid sit huiusmodi ius, de quo sæpius leges mentionem faciunt. audi igitur, Ius est uniuersalis ordinatio ciuitatis, quicquid igitur ciuitas uniuersaliter ordinat, est ius, & de hoc plene dictum est superius ibi uideto. Iul. sed quid ad rem? Fab. ut scias dotem, de qua agitur esse ius quoddam.i.ordinatio ciuitatis.nam ciuitates ordinarunt, dotes mulieribus constitui, ut facilius nuberent: interest enim reipublicæ, ut nubant.l.1.ff. sol. marr.l.2.ff.de iur.dot.Iul. ex his iam facillime recipi potest dotem esse ius, sed quid
2 tum? Fab. credo abs re sciri,† dotem æquiuoce appellari, est.n. dos animæ, quæ est uirtus, dos corporis, quæ est pulchritudo, & bona dispositio, est etiam dos uxoris, & de hac nūc agatur. Iul. & hanc aureo arte diffiniri Fab. nequaquā hoc auderē, nisi dixisses Bar. diffinitionem a plerisque morderi, mordeat etiam meam suo arbitratu, Audi igitur.
3 † Dos est ius quoddam cōtinens uniuersum ius mulieris, concessum seu promissum marito pro matrimonio. Iul. bona diffinitio, ut aiunt. ex genere & differentijs constat, cumque suo diffinito conuertitur.l.1.ff. de dol.& ibi not. uideamus an hæc sit huiusmodi, & quæro quamobrem dixisti, ius? Fab. ut differat à dote animæ & corporis, quæ non est ius. Iul. cur addidisti, continens? Fab. ad differentiam itineris, quod est ius, nihil continens, Insti. de serui.rusti. præd. Iul. quamobrē adiungis, uniuersum ius? Fab. ut distet à uulgari substitutione, quæ est ius & continet pupillarem, quæ est etiam ius, sed non uniuersum.l. nam hoc iure.ff de uulg.& pupil.& ibi Doc. Iul. quare adijcis, mulieris? Fab. ut differat ab hæreditate quæ est ius, continens uniuersum ius defuncti.l. nihil est aliud.ff.de uerbo.sig. Iul. cur subijcis, concessum, uel promissum mariro? Fab. ut distet ab alijs bonis mulieris, quæ non conceduntur marito pro matrimonio. l.si.C. de pact. conuen. Iul. cur postremo adijcis,

adijcis, pro matrimonio? Fab. ne uideatur donatio, quam interdum ab uxore fit ipsi marito. ff. de dona. inter uir. & ux. Iul. conuertitur ne huiusmodi diffinitio? Fab. utique, nam omne ius continens uniuersum ius mulieris concessum, seu promissum marito pro matrimonio est dos, & è contrario.

Iul. acquiescerem profectò, sed quia scribentes carpunt Bar. eo quod dixerit, dotem esse ius uniuersale, & tu in eandem uideris foueam incidisse, ideoque subsisto. Fab. modestius agas obsecro mi Iuli, non enim in diffinitione mea dicitur, dos est ius
4 uniuersale, sed dos est ius, continens † uniuersum ius mulieris. Iul. non ne est idem? Fab. minime, nam aliud est continens, aliud contentum. sicut enim aliud est dolium, quod uinum continet, & aliud uinum, quod eo continetur: ita aliud est dos, quod est ius continens, aliud uniuersum ius mulieris quod illo continetur: quemadmodum aliud est hæreditas, aliud uniuersum ius defuncti hæreditas enim non est illud uniuersum ius defuncti, sed successio in illud uniuersum ius. d. l. nihil est aliud. ff. de uerbo. & rer. sig.

Iul. acute differis mi Fabi, & ita esse reor sed prius non animaduertebam, sed dic quæso, non ne dos potest esse in uno fundo? Fab. certe, tot. tit. ff. de fund. dot. Iul. quomodo igitur unus fundus ius uniuersum appellabitur. Fab. dic tu mi Iuli, si defunctus tempore mortis unum duntaxat fundum habuit, non ne in illo fundo est hæreditas? Iul. utique. Fab. ille igitur fundus erit sine dubio uniuersum ius defuncti propterea quod hæreditas est successio in uniuersum ius defuncti. d. l. nil est aliud. Iul. non intelligo quo pacto unus fundus possit esse uniuersum ius? Fab. ut intelligas scire oportet, hoc nomen uniuersum idem esse quod totum. nam uniuersus orbis idem significat, quod totus orbis, unde illud Lucæ. exit edictum à Cæsare Augusto, ut describeretur uniuersus orbis, id est totus orbis. Hanc ob causam, si defunctus tempore mortis, mille res, & quidem uarias habuit, hæ profectò erunt totú, hoc est uniuersum ius defuncti, itidem si unam tantum rem licet minimam habuerit, ea erit uniuersum, hoc est totum defuncti ius imò si non haberet nisi æs alienum, illud esset hæreditas, & per consequens uniuersum ius defuncti. l. hæreditatis appellatio. ff. de uerbo. & rer. sig. Hoc idem pari ratione in dote recipiédum est. nam si uxor rem unam tantum marito pro matrimonio concessisset, ea profectò esset uniuersum, hoc est, totum ius mulieris, eritque perinde ac si mille res concessisset. nam ita granum frumenti est in se totum, sicuti mons magnus, est in se totus proinde, ius illud mulieris appellatur uniuersum in uno fundo, æque ac in multis rebus, cum idem significet uniuersum, quod totum. Iul. res illæ marito concessæ, sunt ne dos? Fab. minime, sed ius quod ex eis constat, dos uocatur, id quod hoc modo ostenditur. Necessariæ impensæ minuunt dotem, & tamen non minuunt res ipsas. l. quod dicitur. ff. de impen. in reb. dot. fac. ergo res ipsæ, non sunt dos, hinc fit, ut fundus non dos, sed dotalis appellatur. ff. de fun. dot. Iul. dic
5 rogo, si † mulier dedit centum marito pro dote, mox maritus petat ea centum, erit ne hæc petitio uniuersalis an particularis? Fab. particularis sine dubio. Iul. ergo dos non est ius uniuersum? Fab. aut ego non satis explico quod sentio, aut tu non intelligis. dixi, res ipsas non esse illud uniuersum ius quod dos continet, sed sunt ipsæ per se particulares: quemadmodum res contentæ in hæreditate, non est illud uniuersum ius defuncti, sed sunt particulares. §. fi. Institu. de reb. corp. & incorp. sed quando maritus petit dotem, tunc petitio sine dubio est uniuersalis, petitur enim ius illud uniuersum. E contrario si mulier petat sibi restitui res particulares, marito pro dote iam concessas huiusmodi petitio sine controuersia dicetur particularis: at si petat dotem sibi restitui, tunc petitio erit uniuersalis nam petédo dotem, consequenter petit ius illud uniuersum mulieris, quod dote cótinetur. Quemadmodum si quis peteret uniuersum ius defuncti, certe petitio uocaretur uniuersalis, sed si peteret rem aliquam particularem hæreditariam, quod fieri potest. l. licet minimam. ff. de pet. hæred. certe petitio illa erit particularis. Iul. ergo eadem petitio. & uniuer-

salis, & particularis appellabitur? Fab. ita est, respectiue tamen. nam quemadmodum equus respectu agni potest dici magnus, idem respectu montis dicetur paruus.

IVl. ita hæc quæ dicis uero consentanea uidentur. sed dicas quæso non ne superius dixisti. dotem non esse ius uniuersale? Fab. ita est, quid tum. Iul. huic tuæ sententiæ, uidetur Paul. Iureconsf. aperte aduersari nam in.l.1.ff.de doc. præleg.§. sed quod. in
6 hæc uerba ait, sed quod diximus † ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad uniuersitatem erit referendum. Vides mi Fabi. ibi dotem à Iureconsulto uniuersitatem appellari? Fab. non ita est nam Paulus ibi uniuersitatem appellar, illud uniuersum ius mulieris, non autem dotem illud enim est, quod proprie diminuitur. Et dum leges aiunt, impensis dotem minui, ponunt continens pro contento: & hoc clare ostendunt uerba illius textus, dos enim duo continet, uniuersum ius scilicet, & corpora, quæ illo iure uniuerso continentur: id quod ita interpretandum est, uidelicet quod diximus impensis dotem minui, non referas ad corpora, quæ mediante illo iure uniuerso dos continet, sed ad uniuersitatem, hoc est ad uniuersum ius, quod immediate dos continet. Et quemadmodum illa corpora, ad quæ ipsa dotis diminutio uidebatur referri, a dote longe distant: ita uniuersitas illa a dote sine dubio differt: Aliud enim est uniuersum ius mulieris, aliud re uera est dos, hæc enim est continens, illud uero contentum. sicuti aliud est uniuersum ius defuncti, aliud hæreditas, quæ est successio in illud.d.l.nihil est aliud.ff. de uerb. & rer. sig.

Iul. iam ex tua sententia tenebo dotem esse ius, sed non uniuersale. tenebo etiam dotem uniuersum ius mulieris contineri. tenebo præterea necessarias impensas non principaliter dotem, sed illud ius uniuersum minuere. Fab. & per consequens dotem, eo quod dos minus ob ipsas impensas contineat.

7 Iul. iam scire aueo, † quonam modo necessariæ impensæ dotem minuant? Fab. finge, res ipsas marito pro matrimonio con cessas ualere centum, certe tantidem & illud uniuersum ius mulieris ualebit, nam quanti ualent res, tanti uniuersum ius, quod ex illis constat, per consequens ualebit. enim quanti res defuncti tempore mortis ualent, tanti uniuersum ius defuncti ualere dicendum est. Finge deinde partem ædificij dotalis corruisse, & in eam instaurandam, maritum uiginti impendisse: quo facto res dotales tanti nunc post refectum ædificium ualent, quanti prius ualebant, ualebant enim centum, attamen mulier nō dicetur habere centum in bonis, eo quod sub illo iure uniuerso continetur etiam æs alienum, hoc est illa uiginti, quæ marito propter impensas factas debentur proinde ius illud uniuersum mulieris minus bonorum nunc continet, quam prius continebat, prius enim centum, nunc uero octuaginta, deducto ære alieno, continere intelligitur. bona enim ære alieno deducto, intelliguntur.l.subsignatum.§.bona.ff.de uerbo. sig. ideoque dos uti continens dicitur diminuta, eo quod diminutum est illud uniuersum ius, quod dos continet. ipsæ uero res dotales propter impēsas necessarias corporaliter non diminuuntur, manebit tamen maritus in earum detentione, donec sibi satisfiat d.l.quod dicitur.

IVl. bene iam explicasti, quæ mihi implicita in hunc diem uisa sunt. unum tamen uelim abs te mihi ulterius declarari sci-
8 licet an † dos promissa sit proprie dos? Fab. utilis est hæc petitio, sed ut bene intelligas scire oportet. Quemadmodum animal capitur ut genus, cui si hæc differentia rationale adueniat, una efficitur species, diceturque animal rationale, ut puta homo, & si eidem hæc differentia irrationale addatur, altera efficitur species, appellabiturque animal irrationale, ut puta equus. Proinde equus est proprie animal, quemadmodum & homo, & hoc nemo est qui neget. Ita si dos capiatur uti genus, cui accedat hæc differētia, uidelicet data, efficitur una species, diceturq; dos data. si uero eidem adiungatur altera differentia, hoc est promissa, altera fiet species, uocabiturq; dos promissa. Et

Et per consequens, tã dos promissa, quã dos data, dicetur proprie dos. nam genus neq; magis, neque minus de una, quam de altera specie dicetur: æqualiter enim, & homo, & bos, animal est, ut Porphyrius in prædicamentis ait. pari ratione æqualiter & dos data, & promissa, sine dubio proprie dos appellatur. genus enim cuilibet speciei proprie inest, ut aiunt Dialectici, quibus Vlpianus assentitur in.l. si quid earum.§. inter emptum.ff. de leg.3. Iul. si ita est, ergo
9 †statutum de dote simpliciter loquens, de utraq; loqui intelligendum est? Fab. nempe. Iul. quid si fiat pactum de aliqua dotis parte lucranda? Fab. idem erit. propterea quod tam de dote promissa, quam etiã didata locum tale pactum habebit.Lex morte.§.fin.C. de pact. conuent.ibi, dotem dederit, seu promiserit.l.fi.C.solut.matrim. ibi dos, quæ dicitur data, uel promissa, & agitur ibi de stipulatione, quam uti etiam statutum, stricta intelligi oportet.l. quicquid astringendæ.ff.de uerb. oblig.

Summa rei in hoc articulo hæc est, dos promissa, non secus ac data, proprie dos appellatur, & est, quemadmodum bos est proprie animal, æque atque homo, ut ante dictũ est. Et hoc sine dubio uerũ est, nisi subiecta materia aliud postulet. arg. l.si uno.ff.locat. Iul. hæc tua diffinitio, de qua ante dictum est, iam mihi uidetur uera, proinde eam, quasi ab omni spiculo tutam libentissime amplector. Fab. ut lubet. est ne aliud quod a me uelis? Iul. in præsentia nihil aliud occurrit, nisi ut tibi gratias agam. proinde ingentes tibi pro tanto beneficio gratias ago. Fab. non mihi sed Deo sine quo nihil possumus recte excogitare. Iul. ita est mi Fabi. Vale iam. Fab. & tu Vale.

Summarium

1 *Fideicommissum a filij hærede relictum censetur: & consequenter uenit legitima filij. Vide tamen distinctionem nu 8.*
2 *Bona patris sunt debita filijs iure naturæ.*
3 *Legitima iure natura non erat & cur dicta fuit legitima.*
4 *Legitima inter filij facultates connumeratur.*
5 *Legitima uiuo patre a fisco peti non potest: & quæ sit ratio. Secus quo ad nudam proprietatem.*
6 *Filius quare uiuo patre dicitur quasi dominus.*
7 *Fideicommissum aliud uulgare, aliud pupillare. & quid sint.*

CXIIII. DECLARATIO an filius, uel eius hæres censeatur grauatus fideicommisso: & sic an legitima filij includatur.

QVæstionis est non spernẽdæ, utrum si pater instituto filio dicat, si filius sine filijs decesserit, bona mea restituantur, aut dentur Titio, siue distribuantur inter pauperes, & huiusmodi, non expresso nominatim, utrum dicta bona a filio, uel à filij hærede sint restituenda. utrum in quam tale fideicommissum à filio, an à filij hærede relictum censeatur? Frequentior in
1 terpretum opinio est huiusmodi † fideicommissum à filij hærede relictum censeri. & Iaf. in.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulga. & pupill. ait hãc esse communem opinionem. Aiunt ipsi hoc scire non parum referre, nam si ab hærede relictum dicatur, legitima filij utique fideicommisso continebitur: at si à filio, legitima ex fideicommisso detrahetur cum in ea grauari minime potuit. l.quoniam in prioribus.C. de inoffic. testa.

Hæc autem doctorum distinctio mihi semper displicuit, quamobrem aliter distinguendum existimo. Sed pro ueritate
2 scire nos prius oportet, † iure naturæ bona patris esse filijs quasi debita.l. cum ratio.ff. de bon. dam. ubi Paulus Iureconsultus ait, ratio naturalis, quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adiecit, ueluti ad debitam successionem eos uocando, propter quod in iure ciuili suorum hæredum nomen eis indultum est, & hac ratione, etiam uiuo patre, quodammodo domini existimantur, unde etiam filius familia, sicut paterfamilia appellatur.l. in suis.ff. de liber. & posth. & glos. ibi exponit filius familias, hoc est dominus substantiæ. hoc tenet glo.in.§. siquis autem

autem non implens. Aut. de hæred. & falc.
3 nec† eo tempore, hoc est ante leges reperie batur portio huiusmodi, quæ dicitur legitima: & propterea fortasse inter patrem & filium aliquando controuersia oriebatur, pater enim uolebat de tota familia dispone re, filius uero aduersabatur: hoc aduertentes prudentissimi illi legumlatores assigna runt ipsi filio quartàm totius familiæ partem, hanc ob causam portio illa dicta est legitima, quia à lege introducta est, ea.n. quæ sunt a lege diffinita legitima dicuntur. huius portionis Iure consultus in.l.Papinianus.§. quarta.ff.de inoffi. testa. mentionem facit. iure autem nouissimo huiusmodi portio est tertia, seu dimidia pars pro filiorum numero, eius quod quisque ab intestato habiturus est. Authen. nouissima, & l.parentibus. C. eod.l.papinianus.§. si quis mortis. ff.eod.& quia filio debita est, ideo & a filio, uel ab eius hærede, & tota, uel eius supplementum peti potest.l.scimus an tea. & ibi scribentes.C.de inoffi.testa.& est adeo filio debita, quod nec auferri, nec mi nui, nec a patre grauari potest.l. quoniam
4 in prioribus. C.eod. Talis igitur † portio inter alias filii facultates connumeranda est.res enim in bonis alicuius esse dicitur, & si tantum actionem ad illam habeat.l.rē in bonis.ff. de acquiren.rer.domi.l.id apud se.ff.de uerbo. signifi.sed filius æquiparatur uero creditori, Bar.in.l.si quis legatum.§.fi. ff.ad.l.Corne.de fal.ergo &c. Sed dicet fortasse quispiam, si filio etiam uiuo patre, saltem debetur legitima, posset fiscus eam ob filij delictum auferre, & pater eam præstare cogeretur: id quod scribentes apertissime negant, propterea quod legitima quo ad uerum dominium filio uiuo patre non debetur est enim non dominus, sed quodāmodo dominus.d.l.in suis? Dicas scriben-
5 tium decisionem ueram esse, uidelicet† legitimam uiuo patre à fisco peti non posse.ratio autem scribentium mihi nequicquam satisfacit: quare dicas quod uera ratio est, quia licet portio legitima, quo ad proprietatem, & uerum dominium sit ipsius filij, tamen libera administratio est penes patrem d.l.in suis. quam administrationem filius post mortem patris consequitur. Ratione igitur huius administrationis non potest fiscus legitimam in patris præiudicium auferre: quemadmodum si filius habens fundum maternum, cuius usufructus est ipsius patris.l.cum oportet.C.de bonisq; liber.ali quod delictum committeret, non posset fiscus illum à patre auferre, auferret enim pa tri usumfructum sine causa, id quod fiscus facere non potest, quemadmodum nec prin ceps, ut per abba.& alios in.ca. quæ in ecclesiarum, & scribentes de constitut.& in.l. fi.C.si contro. ius diceremus tamen nudam illius quartæ proprietatem esse ipsius fisci etiam uiuo patre, quemadmodum erat ipsius filij: mortuo uero patre fiscus eam portionem & quo ad proprietatem, & quo ad administrationem occupare poterit. Et nota quod filius uiuo patre habet uerum dominium, sed non plenum. nam quemadmo dum usufructus & proprietas plenum dominium constituunt, ut dicit Bart.in.l.meuius.§.fundo col.2.nu.4.ff.de leg.2. Ita libera administratio, & proprietas plenum constituunt dominium, si ergo filius uiuo patre non habet in sua portione administrationem, consequenter nec plenum ha-
6 bet dominiū. hanc† ob causam dicitur quasi & quodammodo dominus, non quia non sit uere dominus, sed quia non plene est do minus, deest enim sibi administratio, quam posteaquam mortuo patre consecutus est, dicetur plenum habere dominium. Non est præterea ignorandum, quòd quemadmo dum pater potest filio suo testamentum facere.insti.de pupil.sub.§.igitur.ita & codicillos ei facere potest.l.titio.§.sicuti.ff. de leg.1.& ibi scribentes pręsertim Ias.in.3.co
7 lum.num.19. Item præmitte, † duplex esse fideicommissum, unum scilicet uulgare, per quod testatori, saltē medietate, seu in eius bonis succéditur.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff. de uulg.& pupil.quemadmodum per uulga rem, Insti.de uulg.in prin.alterum uerò pu pillare appellatur. Et quemadmodum per pupillarem substitutionem succeditur pupillo, & in omnibus eius bonis, Insti.de pu pi.in prin.&.l.sed si plures.§.ad substitutos ff.eod.ita per huiusmodi pupillare fideicommissum

commissum eidem succeditur pupillo.d.l.si titio.§. sicuti.ff.de leg.1. hoc autem fideicommissum nō potest fieri nisi ab eo, qui & pupillarem facere potest. & de hoc alibi plenè diximus.

Et quemadmodum pupillaris substitutio pubertate finitur.l.in pupillari.ff. de uulga. & pupilla. ita & huiusmodi fideicommissum, pubertate euanescit.l. quod fideicommissum.ff.de leg.1.

Item sicut compendiosa, & uulgarem & pupillarem substitutionem, & fideicommissum uulgare continet.l. precibus & ibi scribentes.C.de impub. & alijs substit. pariratione & pupillare fideicommissum complecti potest, quando ab initio pupillaris directa locum habere non potest, ut not.in l.uerbis ciuilibus.ff.de uulga.& pupill.

His præmissis, si quæratur an legitima fideicommisso contineatur, dicito: aut filius † impubes decedit, & tunc sine dubio,
8 & legitima, & cæteræ filij facultates fideicommissario restituendæ sunt, quippe cum eo casu fideicommissum pupillari locum habeat. d.§.sicuti. & quemadmodum in pupillari substitutione omnia bona pupilli, & consequenter etiam legitima ad substiturum pertinet. d.§.substitutos.ita & in hoc fideicommisso pupillari, omnes filij facultates, & consequenter legitima ueniunt. d.§. sicuti. poterit tamen hæres ipsius pupilli, dum bona testatoris restituit, solam trebellianicam detrahere, sicut quilibet hæres grauatus detrahere potest. c. Rainaleus, de testa.l. iubemus. C. ad Trebell. nec est disputandum, an censeatur grauatus filius, uel hæres. non enim potest filius hoc casu dici grauatus, quia est perinde ac si ipse fecisset codicillos, argu.d §. igitur. Insti. de pupill. & ex codicillis, non faciens codicillos, sed eius hæres grauatus censetur. Iaso. in.d §.sicuti.3.col.nu.71.hoc autem fideicommissum, ut dictum est, pubertate finitur.

Aut filius decessit pubes, quo casu uulgari fideicommisso locus est, & tunc minime distinguendum est, an filius uel eius hæres censeatur grauatus, utroque enim casu legitima fideicommisso non continentur, facultates enim filij hoc uulgari fideicommisso minime continentur. d. §. cum filiæ. sed legitima inter filij facultates connumeranda est, quippe cum filio dicatur debita.d.l. cum ratio.ff. de bon. damna.l. scripto.ff.unde lib. & ad illam filius habet actionem, ut supra dictum est, ergo in bonis filii annumeranda est.l. bonorum in fin.ff. de uerbor. signifi. &.l.id apud se. eodem tit.

Item filius respectu legitimæ dicitur creditor. Iaso. in.l. multi num.6.ff. de libe. & postha. & in.l. Marcellus.§.res quæ nume. 16.ff. ad Trebell. hæres igitur filij omnes ipsius pupilli facultates cum ipsa legitima habebit, solum bona testatoris restituet, è quibus Trebellianicam prorsus detrahet §. sed quia. Insti. de fideicommiss. hæred. legitimam autem detrahere non dicetur, quia eam inter bona grauantis non inuenit, sed statim mortuo patre inter filij facultates ipso iure connumeratur. solum ergo quando bona grauantis restituit ex senatuscons. Trebell. Trebellianicam detrahit. non est igitur distinguendum, an censeatur filius, uel hæres grauatus, sed an filius pubes uel impubes moriatur, ut ex supradictis patet.

Sed suprascriptæ conclusioni uidetur obesse text. in.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulgar.& pupilla. ubi Papinianus in hæc uerba ait, si filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit Titio hæreditatem suam restituere, legitimum hæredem filij salua falcidia cogendum patris hæreditatem restituere placuit. ibi enim fideicommissum pupillare secundum supradicta, fuit factum, & tamen hæreditas patris est restituenda, & sic non bona pupilli? Dicas illa uerba, patris hæreditatem. non obstare, quominus omnia bona pupilli, & consequenter legitima, quæ inter ipsius pupilli bona connumeratur, fideicommissario restituantur, perinde ac si adiecta non essent, arg. l.si ita scriptum §. qui filio.ff. de bonor. possess. secundum tabul. ubi Bar. dicit, si testator dixerit si filius meus in pupillari ætate decesserit, bona ipsius testatoris deueniant in talem: quod

quod uerba non obstant, quominus sit pupillaris, quia illa uerba scilicet ipsius testatoris, perinde habentur, ac si non essent adiecta, & succedetur pupillo in omnibus bonis testatoris & pupilli.

Ita dicendum est in. d.§. cum filiæ. ubi est fideicōmissum pupillare, propter quod hæreditas testatoris & bona ipsius pupilli fideicommissario restituentur, perinde ac si illa uerba hæreditatem non essent adiecta: quamobtem omnia pupilli bona, quibus & ipsa legitima continetur, & etiam quæ à patre habuit, fideicommissario sunt præstanda. solum hæres Trebellianicam retinere poterit, & hoc uolunt illa uerba, salua Falcidia, idest Trebellianica, secundum glos. ibi.

In fideicommisso autem facto maiori, quod uulgare licet appellare, filij facultates non continentur, quibus & legitima annumeratur. in hoc igitur fideicommisso uulgari hæres solum testatoris bona restituet, detracta Trebellianica, quam quilibet extraneus detrahere potest. d.c. Raynaldus, de testa. In superiori autem omnia bona pupilli ueniunt, & consequenter ipsa legitima.

FINIS.



SERIES CHARTARUM

A B C D E F G H I K L M N O P Q R S T V X Y Z.

AA BB CC DD EE FF GG HH II KK LL MM NN OO PP QQ RR SS TT VV XX YY.

Omnes sunt Duerniones, præter YY, Ternionem.

Index per se patet.



Domini Cioli

